

Der
Tendenzbetrieb in arbeitsrechtlicher
und verfassungsrechtlicher Sicht

Heinz Riedelsheimer

aus Schweinfurt

1 9 5 8



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DER TENDENZBETRIEB IN ARBEITSRECHTLICHER
UND VERFASSUNGSRECHTLICHER SICHT

INAUGURAL-DISSERTATION
der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität
zu Erlangen

vorgelegt von
Heinz R i e d e l s h e i m e r
aus Schweinfurt



Approbiert am: 21. Juli 1958

Referent: Professor Dr. Ludwig Schnorr von Carolsfeld
Dekan: Professor Dr. Hans Spanner

I N H A L T S Ü B E R S I C H T

Seite:

§ 1 A L L G E M E I N E S	1 - 23
A. DAS VORKOMMEN DES AUSDRUCKS	1 - 17
I. Die Entstehungsgeschichte des § 81 I BetrVG vom 11.10.1952 (RGL.I S.681)	1 - 13
1. Der § 67 BRG vom 4.2.1920 (RGL.I S.147) und seine Vorgeschichte	1 - 7
a.) Die Entwicklung des Mitbestim- mungsgedankens der Arbeitnehmer	2 - 6
b.) Kollision zwischen den Beteili- gungsrechten der Arbeitnehmer und den erstmals in der Weimarer Ver- fassung gewährten Grundrechten	6 - 7
2. Die Zeit von 1934 bis 1945	8 - 9
3. Das Kontrollratsgesetz Nr. 22 und die Ländergesetzgebung nach 1945	9 - 11
4. Der § 81 I BetrVG vom 11.10.1952	12 - 13
II. Der gesetzgeberische Zweck und die Aus- legung	14 - 17
1. Die Gesetzesmaterialien zu § 67 BRG 20 und § 81 I BetrVG	14 - 15
2. Wissenschaft und Praxis des Arbeits- rechts	15 - 17
B. ZUM BEGRIFF "TENDENZBETRIEB"	17 - 22
C. ZUSAMMENFASSUNG	22 - 23
§ 2 D I E S O N D E R S T E L L U N G D E S	
U N T E R N E H M E N S M I T G E I S T I G -	
I D E E L L E R Z I E L S E T Z U N G	23 - 184
A. VORAUSSETZUNGEN FÜR DIE BEJAHUNG DER EIGEN- SCHAFT EINES TENDENZBETRIEBES NACH § 81 I DES BETRIEBSVERFASSUNGSGESETZES	23 - 112

	Seite:
I. Voraussetzungen, die dem Gesetz zu entnehmen sind	23 - 70
1. Positive Voraussetzungen: Die vom Gesetzgeber im einzelnen geschützten Richtungen	23 - 58
a.) Die politische Zweckbestimmung . . .	24 - 32
aa.) Parteipolitische Ziele als politische Tendenz im engeren Sinne .	24 - 26
bb.) Politische Tendenz im weiteren Sinne	26 - 29
cc.) Abgrenzung zwischen einer politischen Tendenz und einer dieser Tendenz "ähnlichen" Zweckbestimmung	29 - 31
dd.) Zusammenfassung	32
b.) Die gewerkschaftliche Zweckbestimmung	32 - 41
aa.) Was versteht der Gesetzgeber unter einer "gewerkschaftlichen" Zweckbestimmung?	32 - 35
bb.) Einzelfälle	35 - 37
cc.) Unternehmen der Arbeitgeberverbände als "gewerkschaftliche" Tendenzbetriebe	37 - 39
dd.) Grenze der gewerkschaftlichen Zweckbestimmung	39 - 41
c.) Die konfessionelle Zweckbestimmung .	41 - 44
d.) Die karitative Zweckbestimmung . . .	44 - 46
e.) Die erzieherische Zweckbestimmung . .	46 - 47
f.) Die wissenschaftliche Zweckbestimmung	48 - 49
g.) Die künstlerische Zweckbestimmung . .	49 - 52
h.) Die "ähnliche" Zweckbestimmung . . .	52 - 58
2. Einschränkungen der Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer außerhalb des § 81 I BetrVG	59 - 60
3. Negative Voraussetzungen	61 - 70
a.) Mindestgröße	61 - 63
b.) Verneinung der §§ 81 II und 88 BetrVG	63 - 70
aa.) § 81 II BetrVG	63 - 66
bb.) § 88 BetrVG	67 - 70

	Seite:
II. Voraussetzungen, die Lehre und Rechtsprechung zusätzlich fordern	70 - 77
1. Die Zweckbestimmung	70 - 73
2. Der Träger der Zweckbestimmung	73 - 75
3. Die Dauer der Zweckbestimmung	75 - 76
4. Die Rechtsform des Unternehmens	76 - 77
III. Tendenzbetrieb und Produktionsbetrieb	77 - 109
1. Abgrenzung zwischen reinen Tendenzbetrieben und reinen Produktionsbetrieben	77 - 78
2. Der Mischbetrieb	78 - 93
a.) Problemstellung	78 - 80
b.) Methode des vergleichenden Abwägens	80 - 82
aa.) Intensitätstheorie	80 - 81
bb.) Theorie des Überwiegens	81
cc.) Theorie des Umsatzes	81 - 82
c.) Theorie von der absoluten Vorrangstellung der Unternehmenstendenz	82
d.) Kritische Stellungnahme	82 - 92
e.) Zusammenfassung	92 - 93
3. Gesamtunternehmen und Unternehmens- teile	93 - 100
a.) Unselbständige Teile	94 - 95
b.) Selbständige Teile, Nebenbetriebe	95 - 100
4. Lohndruckereien	101 - 109
IV. Streitigkeiten über die Anwendung des § 81 BetrVG	110 - 112
B. DIE RECHTLICHEN FOLGEN, DIE DAS GESETZ AN DAS VORLIEGEN DER VORAUSSETZUNGEN EINES TENDENZ- BETRIEBES KNÜPFT	113 - 147
I. Unbedingter Ausschluß der in den §§ 67 bis 77 gewährten Beteiligungsrechte in wirt- schaftlichen Angelegenheiten	113 - 117
1. Die Bildung und Tätigkeit des Wirt- schaftsausschusses (§§ 67 - 70)	113 - 115
a.) Rechte des Wirtschaftsausschusses gegenüber dem Unternehmer in wirt- schaftlichen Angelegenheiten	114 - 115

b.) Rechte der Belegschaftsmitglieder gegenüber dem Unternehmer und dem Wirtschaftsausschuß bzw. dem Betriebsrat in wirtschaftlichen Angelegenheiten	115
2. Das Mitbestimmungsrecht der Arbeitnehmer bei schwerwiegenden unternehmerischen Entscheidungen (§72)	115 - 116
3. Die Beteiligung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten (§§ 76, 77)	116 - 117
II. Bedingter Ausschluß der sonstigen Bestimmungen des Gesetzes	117 - 138
1. Die tendenzbedingte Maßnahme	117 - 120
2. Die organisatorischen und begriffserklärenden Vorschriften (§§ 1 - 48)	121
3. Beschränkungen der Aufgaben und Befugnisse der Arbeitnehmervertretung im allgemeinen (§§ 49 - 55)	121 - 125
a.) Gleichheitsgrundsatz und Unterlassung parteipolitischer Betätigung im Betrieb (§ 51)	122 - 123
b.) Verbot der Behinderung und Benachteiligung der Arbeitnehmervertretung (§ 53)	123 - 124
c.) Auskunftsrecht bei der Überwachung der zugunsten der Arbeitnehmer bestehenden Bestimmungen (§ 54 II)	124 - 125
4. Einschränkung der Beteiligungsrechte in sozialen Angelegenheiten (§§ 56 - 59)	125 - 127
5. Einschränkung der Beteiligungsrechte in personellen Angelegenheiten (§§ 60 - 66)	127 - 138
a.) Mitbestimmungsrecht bei der Einstellung, Umgruppierung und Versetzung (§§ 60, 63)	129 - 132
b.) Das Kündigungs- und Versetzungsverlangen des Betriebsrats (§ 66 IV)	133 - 134
c.) Mitwirkungsrechte bei der Individualkündigung, Einstellung und personeller Veränderung leitender Angestellter, Masseneinstellung und Massenentlassung (§§ 65, 66)	134 - 138
III. Tendenzbetrieb und Kündigungsschutz	139 - 147

	Seite:
C. IST DIE REGELUNG ÜBER DEN TENDENZSCHUTZ IN § 81 I "IUS DISPOSITIVUM" ODER "IUS COGENS"? . .	147 - 150
D. DER VERLUST DER EIGENSCHAFT ALS TENDENZBETRIEB	150 - 152
E. EINZELFÄLLE	152 - 180
I. Die Krankenhäuser	152 - 160
1. Krankenhäuser der öffentlichen Hand . .	152 - 153
2. Privatkrankenhäuser, Privatkliniken . .	153 - 154
3. Konfessionelle Krankenhäuser	154 - 160
II. Presse- und Nachrichtenagenturen, Verlags- unternehmen	160 - 166
1. Presse- oder Nachrichtenagenturen . . .	161 - 164
2. Verlagsunternehmen	164 - 166
III. Rundfunk- und Fernsehgesellschaften	166 - 167
IV. Lesezirkel, Lexikaverlage	167 - 169
1. Lesezirkel	167 - 168
2. Lexikaverlage	168 - 169
V. Die GEMA als Beispiel einer urheberrecht- lichen Verwertungsgesellschaft	169 - 173
VI. Die geistig-ideelle Zielsetzung im Rahmen unternehmerischer Zusammenschlüsse	174 - 180
1. Konzerne als Tendenzbetriebe	174 - 177
2. Holdinggesellschaften als Tendenzbe- triebe	178 - 180
F. BETRIEBE MIT GEISTIG-IDEELLER ZIELSETZUNG IM PERSONALVERTRETUNGSGESETZ DES BUNDES	180 - 184
§ 3 AUSWIRKUNGEN DER BETRIEBS - VERFASSUNGSRECHTLICHEN SONDERSTELLUNG DER TEN- DENZBETRIEBE AUF DER EBENE DES VERFASSUNGSRECHTS	184 - 217
A. ARBEITSRECHT UND VERFASSUNGSRECHT IM ALLGE- MEINEN	184 - 199

I. Auswirkungen der Grundrechte auf arbeitsrechtlichem Gebiet	184 - 196
1. Die Problemstellung	184 - 185
2. Die historische Entwicklung	185 - 189
a.) Die klassischen Grundrechte	185 - 186
b.) Die Grundrechte der Weimarer Verfassung	186 - 188
c.) Die Grundrechte im Bonner Grundgesetz	188 - 189
3. Der Meinungsstreit über die horizontale Wirkung der Grundrechte	190 - 195
a.) Die überlieferte Meinung	190 - 191
b.) Der Einfluß neuer Ideen	191 - 195
4. Die Grundrechte im Besonderen Gewaltverhältnis	196
II. Die Schranken der Grundrechte	197 - 199
1. Allgemeines	197 - 198
2. Die Schranken des Art. 5 II GG im besonderen und ihre Auswirkungen auf das Arbeitsrecht	198 - 199
B. TENDENZBETRIEB UND VERFASSUNGSRECHT	200 - 217
I. Anwendung der bisherigen Ergebnisse auf das zur Untersuchung stehende Problem	200 - 208
1. Tendenzbetrieb und Besonderes Gewaltverhältnis	200
2. Schranken, die der Tendenzcharakter des Unternehmens mit sich bringt	201 - 205
a.) Tendenz und beschränkt gewährleistetes Grundrecht	201 - 202
b.) Tendenz und unbeschränkt gewährleistetes Grundrecht	202 - 205
3. Grenzen des Tendenzschutzes	206 - 208
a.) Der Wesensgehalt der Grundrechte der Arbeitnehmer	206 - 207
b.) Die Zweckbestimmung des Unternehmens	207 - 208
II. Unternehmenstendenz und Treupflicht des Arbeitnehmers	208 - 217
1. Allgemeine Grundsätze	208 - 209

Seite:

2. Die Treupflicht der Arbeitnehmer in privaten Arbeitsverhältnissen	209 - 211
a.) Innerhalb des Betriebes	209 - 210
b.) Außerhalb des Betriebes	211
3. Die Treupflicht der Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst	212 - 215
4. Die Treupflicht der Arbeitnehmer in Unternehmen mit geistig-ideeller Zielsetzung	215 - 217

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

(Zitierweise in Klammern)

A. Lehrbücher, Kommentare, Handbücher etc.

- A n s c h ü t z Gerhard, "Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11.8.1919", Kommentar, 13.Auflg. Berlin 1930 (Anschütz, RV).
- B a u m b a c h Adolf / H u e c k Alfred, "Aktiengesetz", Kurzkomentar, 9.Auflg. München und Berlin 1956 (Baumbach-Hueck, AktG).
- B o b r o w s k i Paul, "Das Arbeitsrecht", Lehrbuch, 2. Auflg. Heidenheim 1954 (Bobrowski, ArbR).
- B o l d t Gerhard, "Mitbestimmungsgesetz Eisen und Kohle", Kommentar, München und Berlin 1952 (Boldt, MBG).
- B ü h r i g E., "Handbuch der Betriebsverfassung", Köln-Deutz 1953 (Bührig, Handb. der BetrVerf.).
- D i e t z Rolf, "Betriebsverfassungsgesetz", Kommentar 2. Auflg. München und Berlin 1955 (Dietz, BetrVG).
- D i e t z Rolf, "Personalvertretungsgesetz", Kommentar, München und Berlin 1956 (Dietz, PersVG).
- D i e t z Rolf / N i k i s c h Arthur, "Arbeitsgerichtsgesetz", Kommentar, München und Berlin 1954 (Dietz-Nikisch, ArbGG).
- E n g l e r Herbert, "Kommentar zum Betriebsrätegesetz für das Land Hessen", Offenbach a.M. und Bad Homburg v.d.H. 1949 (Engler, BRG Hess.).
- E n n e c e r u s Ludwig / N i p p e r d e y Hans Carl, "Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts", Zweiter Halbband, Lehrbuch, 14.Auflg. Tübingen 1955 (Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch II).
- E r d m a n n Gerhard, "Das Betriebsverfassungsgesetz mit ausführlichen Erläuterungen für die Betriebspraxis", Kommentar, 2.Auflg. Neuwied am Rhein 1954 (Erdmann, BetrVG).
- F i t t i n g Karl / K r a e g e l o h Walter, "Betriebsverfassungsgesetz nebst Wahlordnungen und den einschlägigen Nebengesetzen", Handkommentar für die Praxis, 3.Auflg. Berlin und Frankfurt 1953 (Fitting-Kraegeloh, BetrVG).
- F l a t o w Georg, "Betriebsrätegesetz vom 4.2.1920", Kommentar, 12.Auflg. Berlin 1927 (Flatow, BRG).

- F o r s t h o f f Ernst, "Lehrbuch des Verwaltungsrechts I. Band: Allgemeiner Teil", 6.Auflg. München und Berlin 1956 (Forstthoff, VwR I).
- G a l p e r i n Hans / S i e b e r t Wolfgang, "Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz", 3.Auflg. Heidelberg 1958 (alle zitierten Stellen sind von Galperin bearbeitet, daher: Galperin, BetrVG).
- G e b h a r d Ludwig, "Handkommentar zur Verfassung des Deutschen Reiches vom 11.8.1919", München und Leipzig 1932 (Gebhard, RV).
- G i e s e Friedrich, "Verfassung des Deutschen Reiches vom 11.8.1919", Taschenausgabe für Studium und Praxis, 7.Auflg. Berlin 1926 (Giese, RV).
- G r o s Paul / E l w e r t Karl, "Handwörterbuch des Arbeits- und Sozialversicherungsrechts für die tägliche Praxis", Stuttgart 1956 (Gros-Elwert, HandwB des ArbR).
- H a m a n n Andreas, "Das Grundgesetz, Kommentar für Wissenschaft und Praxis", Berlin/Neuwied/Darmstadt 1956 (Hamann, Das GG).
- H e r s c h e l Wilhelm / S t e i n m a n n Georg, Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz", 3.Auflg. Heidelberg 1955 (Herschel-Steinmann, KSchG).
- H o e n i g e r Heinrich / S c h u l t z Rudolf / W e h r l e Emil, "Jahrbuch des Arbeitsrechts und der damit zusammenhängenden Teile der Sozialökonomik", Mannheim/Berlin/Leipzig (Jahrbuch des ArbR).
- H u b e r Ernst Rudolf, "Wirtschaftsverwaltungsrecht", Band I und II, 2.Auflg. Tübingen 1953 bzw. 1954 (Huber, WirtschaftsVwR I bzw. II).
- H u e c k Alfred, "Kündigungsschutzgesetz", Kommentar, 3.Auflg. München und Berlin 1954 (Hueck, KSchG).
- H u e c k Alfred / N i p p e r d e y Hans Carl, "Lehrbuch des Arbeitsrechts", 6.Auflg. Band II, bearbeitet von Nipperdey, Berlin und Frankfurt a.M. 1957 (Nipperdey in Hueck-Nipperdey, ArbR II).
- H u e c k Alfred / N i p p e r d e y Hans Carl / T o p h o v e n Ernst, "Tarifvertragsgesetz mit Durchführung- und Nebenvorschriften", Kommentar, 3.Auflg. München und Berlin 1955 (Hueck-Nipperdey, TVG).
- K ö t t e r Hans-Wilhelm, "Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie vom 21.Mai 1951", Kommentar, Berlin 1952 (Kötter, MBG).
- K ü c h e n h o f f Günther, "Betriebsverfassungsgesetz", Kommentar, Münster/Westf.1954 (Küchenhoff, BetrVG).

- v. M a n g o l d t Hermann, "Das Bonner Grundgesetz", Kommentar, Berlin und Frankfurt 1953 (v.Mangoldt, GG).
- v.M a n g o l d t Hermann / K l e i n Friedrich, "Das Bonner Grundgesetz" Band I, Kommentar, 2.Auflg. Berlin und Frankfurt 1955/57 (v.Mangoldt-Klein, GG).
- M a n s f e l d Werner, "Betriebsrätegesetz vom 4.2.1920", Kommentar, 3.Auflg. Mannheim/Berlin/Leipzig 1930 (Mansfeld, BRG).
- M a u n z Theodor, "Deutsches Staatsrecht", Studienbuch, 6. Auflg. München und Berlin 1957 (Maunz, StaatsR).
- M a u s Wilhelm, "Handbuch des Arbeitsrechts" Band III, 2. Auflg. VIII. Teil: Betriebsverfassung, Baden-Baden/Frankfurt a.M. (Maus, Handbuch III).
- M e i s s i n g e r Hermann, "Betriebsverfassungsgesetz", Kommentar, München 1952 (Meissinger, BetrVG).
- M e i s s i n g e r Hermann / R a u m e r Konrad, "Das Bayerische Betriebsrätegesetz", Kurzkomentar, 2. Auflg. München 1951 (Meissinger-Raumer, Bay BRG).
- N e b i n g e r Robert, "Verwaltungsrecht", Lehrbuch, Stuttgart 1946 (Nebinger VwR).
- N e u m a n n Franz / N i p p e r d e y Hans Carl / S c h e u n e r Ulrich, "Die Grundrechte", Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte 2. Band Berlin 1954 (Neumann-Nipperdey_Scheuner, Die GRE).
- N i k i s c h Arthur, "Arbeitsrecht", Lehrbuch, Tübingen 1951 (Nikisch, ArbR 51) und "Arbeitsrecht", Lehrbuch I.Band, 2.Auflg. Tübingen 1955 (Nikisch, ArbR 55).
- P o e t z s c h - H e f f t e r Fritz, "Handkommentar der Reichsverfassung vom 11.8.1919", 3.Auflg. Berlin 1928 (Poetzsch-Heffter, RV).
- R e w o l l e Hans Dietrich / K ö s t Ewald, "Handkommentar zum Arbeitsrecht", Göttingen 1953 bzw. 1954 (Rewolle-Köst, Handkomm.1953 bzw. 1954).
- S c h l e g e l b e r g e r Franz / Q u a s s o w s k i Leo / H e r b i g Gustav / G e s s l e r Ernst / H e f e r m e h l Wolfgang, "Aktiengesetz", Kommentar, 3.Auflg. Berlin 1939 (Schlegelberger-Quassowski, AktG).
- S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d Ludwig, "Arbeitsrecht", Lehrbuch, 2.Auflg. Göttingen 1954 (Schnorr v. Carolsfeld, ArbR).
- S t i e r - S o m l o Fritz, "Kommentar zum Betriebsrätegesetz vom 4.2.1920", Berlin 1921 (Stier-Somlo, BRG).
- V o i g t Alfred, "Geschichte der Grundrechte", Stuttgart 1948 (Voigt, Gesch.d.GRE).
- W e r n i c k e Kurt Georg, im "Kommentar zum Bonner Grundgesetz" (Wernicke in Bonner Kommentar).

B. Einzelabhandlungen.

(Zitierweise der Fundstellen in Klammern)

- A r r a s Gerth, "Tendenzbetrieb und Mitbestimmung" in BB 1953, 63 ff.
- A r r a s Gerth, "Verlag - Druckerei - Tendenzbetrieb, Erste Grundsatzentscheidung eines Landesarbeitsgerichts" in RdA 1954, 459 ff.
- A s w e r u s Leutfried, "Caritas vor dem Arbeitsgericht" in Klerusblatt (= Kler.Bl.) 1954, 255 ff.
- B a c h o f Otto, "Zulässigkeit von Beschränkungen der Grabmalgestaltung durch Friedhofsordnungen, sowie über den Rechtsschutz gegenüber derartigen Maßnahmen", Rechtsgutachten vom 6.9.1954 (Bachof, Rechtsgutachten).
- B e n d e r Karl, "Das Mitbestimmungsrecht in der Stahlholding" in NJW 1953, 1493 ff.
- B e r g m a n n Hans, "Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat" in NJW 1953, 81 ff.
- C l ä s g e s Herbert, "Personelle Mitbestimmung und Kündigungsschutz - Grenzfragen und Entwicklung", Dissertation Köln 1953 (Cläsges, Diss.).
- D ü r i g Günther, "Grundrechte und Privatrechtsprechung" in Festschrift für Hans Nawiasky ("Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung") S. 157-190, München 1956 (Düurig, Festschr. Nawiasky).
- E n d e m a n n Helmut, "Zum Begriff des Tendenzbetriebes" in Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht (= BlfArbR) 1954, 365 ff.
- E r d m a n n Ernst Gerhard, "Das Recht der Arbeitnehmer auf Beteiligung an der Verwaltung der Betriebe der gewerblichen Wirtschaft. Ein internationaler Rechtsvergleich, Dissertation Heidelberg 1952 (Erdmann, Diss.).
- G a l p e r i n Hans, "Die Auswirkungen des Betriebsverfassungsgesetzes auf buchhändlerische Unternehmen" in Börsenblatt für den Deutschen Buchhandel/Frankfurter Ausgabe (= Börsenblatt) 1953, 177 ff.
- G o e r r i n g Franz, "Der Tendenzbetrieb im Betriebsrätegesetz" in Der Arbeitgeber (= ArbGeb) 1921, 375 ff.
- G o e r r i n g Franz, "Tendenzbetriebe und Betriebsbilanzvorlage" in Die Deutsche Arbeitgeberzeitung (= ArbGebZ) 1921 Nr. 45.

- H a m e l Walter, "Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat. Eine Kritik an Gesetzgebung und Rechtsprechung", Berlin 1957 (Hamel, Die Bedeutung der GRE).
- H e i h o f f Josef, "Der Tendenzbetrieb im Sinne des § 81 BetrVG", Dissertation Köln 1956 (Heihoff, Diss.).
- H e s s e l Philipp, "Weltanschauungen des Arbeitgebers und Kündigungsschutz (zu BAG vom 30.1.1956)" in BB 1956, 406 ff.
- H u b e r Hans, "Die Bedeutung der Grundrechte für die sozialen Beziehungen unter den Rechtsgenossen" in Zeitschrift für Schweizerisches Recht/Neue Folge 1955 Band 74 S. 173 ff. (Huber, ZfSchwR).
- H u b m a n n Heinrich, "Das Persönlichkeitsrecht", Heft IV der Beiträge zum Handels-, Wirtschafts- und Steuerrecht, Münster/Köln 1953 (Hubmann, PersR).
- H ü n e r f e l d , "Zum arbeitsrechtlichen Begriff des Tendenzbetriebs" in Caritas-Korrespondenz (=Car.Korr.) 1954 Heft 7/8.
- J e l l i n e k Georg, "System der subjektiven öffentlichen Rechte" - Freiburg i.Br. 1892 (G.Jellinek, System der subj.öff.R.).
- K l e i n Franz, "Weltanschauungen des Arbeitgebers und Kündigungsschutz - Eine Erwiderung auf Hessel" in BB 1956, 755 ff.
- K ö t t e r Hans Wilhelm, "Das Mitbestimmungsrecht der Arbeitnehmer im herrschenden Unternehmen eines Montankonzerns" in NJW 1954, 209 ff.
- K r a e g e l o h Walter, "Das Betriebsverfassungsgesetz in Pressebetrieben", im Sonderdruck als Beilage zu Zeitungs-Verlag (= ZeitVerlg.) 1952 Nr. 18.
- K r ü g e r Hildegard, "Grenzen der Zumutbarkeit aus Gewissensgründen im Arbeitsrecht" in RdA 1954, 365 ff.
- L a u f k e Franz, "Vertragsfreiheit und Grundgesetz" in Festschrift für Heinrich Lehmann Band I ("Das Deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts") S. 145-188, Berlin/Tübingen/Frankfurt 1956 (Laufke, Festschr. Lehmann I).
- L ö f f l e r Martin, "Der Streit um den Tendenzbetrieb insbesondere im Presse- und Verlagswesen" in NJW 1954, 489 ff.
- v. M a u c h e n h e i m , "Können Zeitungslohndruckereien Tendenzbetriebe sein?" in Zeitungs-Verlag (= ZeitVerlg.) 1953, 298 ff.
- M a u r e r Kurt, "Tendenzbetrieb" in Arbeitsrecht-Blattei (Forkel-Stuttgart), Tendenzbetrieb I - I Übersicht (Maurer in AR-Blattei-TB-).

- M ü l l e r Gerhard, "Die beiden Arten des Mitbestimmungsrechts" in BB 1953, 329 ff.
- N i p p e r d e y Hans Carl, "Nachrichtenagenturen als Tendenzbetriebe nach Deutschem Betriebsverfassungsrecht" in Rivista di diritto internazionale e comparato del lavoro (Rivdirlav) 1953, 63o ff.
- P e t e r s Hans, "Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel" in Festschrift für Rudolf Laun ("Gegenwartsprobleme des internationalen Rechtes und der Rechtsphilosophie") S. 669-678, Hamburg 1953 (Peters, Festschr. Laun).
- R e u s s Hermann, "Die arbeitsrechtliche Sonderstellung von Tendenzbetrieben" in RdA 1956, 21o ff.
- R ö h l i n g Josef, "Die Autonomie der katholischen Kirche auf dem Gebiet des Arbeitsrechts in Bayern und die besondere Stellung der kirchlichen Arbeitnehmer in den Erzdiözesen München-Freising und Bamberg", Dissertation Erlangen 1957 (Röhling, Diss.).
- S c h n e i d e r Hellmuth, "Gewissensfreiheit und Kündigungsschutz - Gedanken zum Urteil des BAG vom 3o.1.1956" in Arbeit und Recht (= ArbuR) 1956, 97 ff.
- S c h o l l e r Heinrich, "Die Freiheit des Gewissens" in der Reihe der Schriften zum Öffentlichen Recht Band II, Berlin 1958 (Scholler, Die Freiheit des Gewissens).
- S c h u l z e Erich, "Recht und Unrecht - Eine Studie zur Urheberrechtsreform", München und Berlin 1954 (Schulze, Studie zur UrhRR).
- S c h u l z e Erich, "Urheberrecht in der Musik und die Deutsche Urheberrechtsgesellschaft", 2.Auflg. Berlin 1956 (Schulze, UrhR).

A B K Ü R Z U N G S V E R Z E I C H N I S

a.A.: anderer Ansicht
Abg.: Abgeordneter
ABl. AHK: Amtsblatt der Alliierten Hohen Kommission
ABl. KR: Amtsblatt des Kontrollrats
AG: Aktiengesellschaft
AktG: Aktiengesetz vom 3o.1.1937 (RGBl.I S.1o7)
AN: Arbeitnehmer
Anm.: Anmerkung
AP: "Arbeitsrechtliche Praxis" (Entscheidungssammlung)
ArbG: Arbeitsgericht
ArbGeb: Arbeitgeber und "Der Arbeitgeber" (Zeitschrift)

ArbGebZ: "Die Deutsche Arbeitgeber-Zeitung"

ArbGG: Arbeitsgerichtsgesetz. Soll zwischen dem Arbeitsgerichtsgesetz vom 3.9.1953 (BGBl.I S.1267) und dem Arbeitsgerichtsgesetz vom 23.12.1926 (RGBl.S.507) unterschieden werden, so werden die Abkürzungen "ArbGG 53" und "ArbGG 26" verwendet.

AR-Blattei: Arbeitsrecht-Blattei (Forkel-Stuttgart)

ArbR: Arbeitsrecht

ArbRSlg.: "Arbeitsrechtssammlung" (Entscheidungssammlung)

ArbuR: "Arbeit und Recht" (Zeitschrift)

ArchöR: "Archiv des öffentlichen Rechts"

ARSt: "Arbeitsrecht in Stichworten"

Art.: Artikel

Auflg.: Auflage

Bad.: Baden

BAG: Bundesarbeitsgericht

BAGE: Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts

Bay.: Bayern

Bay.Arb.Min.: Bayerisches Arbeitsministerium

BayBG: Bayerisches Beamtengesetz vom 28.10.1946 (GVBl.S.349)

BayPrG: Bayerisches Pressegesetz vom 3.10.1949 (GVBl.S.243)

BayVerfGH: Bayerischer Verfassungsgerichtshof

BB: "Der Betriebsberater" (Zeitschrift)

BBG: Bundesbeamtengesetz vom 14.7.1953 (BGBl.I S.551)

BenshS: "Bensheimer Sammlung" (Entscheidungen des RAG, der IAG'e und der ArbG'e)

BetrVG: Betriebsverfassungsgesetz vom 11.10.1952 (BGBl.I S.681)

BezO: Bezirksordnung für den Freistaat Bayern vom 27.7.1953 (GVBl.S.107)

BGB: Bürgerliches Gesetzbuch

BGBI.: Bundesgesetzblatt

BGH: Bundesgerichtshof

BGHZ: Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen

BlfArbR: "Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht".

Börsenblatt: "Börsenblatt für den Deutschen Buchhandel"

BPersG: Bundespersonalgesetz vom 17.5.1950 (BGBl.I S.207)

BR: Betriebsrat

Brem.: Bremen

BRG: Betriebsrätegesetz vom 4.2.1920 (RGBl.I S.147). Zur Unterscheidung von den nach 1945 erlassenen Betriebsrätegesetzen der Länder wird auch die Abkürzung "BRG 20" verwendet.

BT: Deutscher Bundestag

BV: Bayerische Verfassung

BVerfG: Bundesverfassungsgericht

BVerfGE: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

BVerwG: Bundesverwaltungsgericht

BVerwGE: Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts

Car.Korr.: "Caritas Korrespondenz" (Zeitschrift)

CDU: Christlich Demokratische Union

CSU: Christlich Soziale Union

CVJM: Christlicher Verein Junger Männer

DDR: Deutsche Demokratische Republik
DGB: Deutscher Gewerkschaftsbund
d.h.: das heißt
Diss.: Dissertation
DV: "Deutsche Verwaltung" (Zeitschrift)
DVBl.: "Deutsches Verwaltungsblatt"
EGBGB: Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Einf.: Einführung
Erl.: Erläuterungen
evtl.: eventuell

FDGB: Freier Deutscher Gewerkschaftsbund
ff.: folgende

GBI.: Gesetzblatt
gem.: gemäß
GEMA: Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und
mechanische Vervielfältigungsrechte
GewO: Gewerbeordnung für das Deutsche Reich
GG: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom
23.5.1949 (BGBl.S.1)
GmbH: Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GR: Grundrecht
GS: Gesetzessammlung
GVBl.: Gesetz- und Verordnungsblatt

Handkomm.: Handkommentar
HandwB: Handwörterbuch
Hess.: Hessen
HGB: Handelsgesetzbuch
h.M.: herrschende Meinung
Hohenz.: Hohenzollern
Holst.: Holstein

i.S.: im Sinne
i.V.m.: in Verbindung mit

JW: "Juristische Wochenschrift"
JZ: "Juristenzeitung"

KAG: Kommanditgesellschaft auf Aktien
Kler.Bl.: "Klerusblatt"
KO: Konkursordnung
KPD: Kommunistische Partei Deutschlands
KRg: Gesetz des Kontrollrats
KSchG: Kündigungsschutzgesetz vom 10.8.1951 (BGBl.S.499)

LAG: Landesarbeitsgericht
LVwG: Landesverwaltungsgericht

MBG: Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den
Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Berg-
baus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie vom
21.5.1951 (BGBl.S.347)

m.E.: meines Erachtens

NJW: "Neue Juristische Wochenschrift"
NZfArbR: "Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht"

OHG: offene Handelsgesellschaft

PersVG: Personalvertretungsgesetz vom 5.8.1955 (BGBl.I S.477)

RAG: Reichsarbeitsgericht

RAGE: Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts

RdA: "Recht der Arbeit" (Zeitschrift)

RegBl.: Regierungsblatt

RG: Reichsgericht

RGBl.: Reichsgesetzblatt

RGZ: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen

Rheinld.: Rheinland

RivdirLav: "Rivista di diritto internazionale e comparato
del lavoro" (Zeitschrift)

RPressG: Reichsgesetz über die Presse vom 7.5.1874 (RGBl.S.65)

RV: Weimarer Verfassung vom 11.8.1919 (RGBl.S.1383)

S.: Seite

SAE: Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen

Schlesw.: Schleswig

SchlichtW: "Das Schlichtungswesen" (Zeitschrift)

SJZ: "Süddeutsche Juristenzeitung"

SPD: Sozialdemokratische Partei Deutschlands

StaatsR: Staatsrecht

Sten.Ber.: Stenographischer Bericht

StGB: Strafgesetzbuch

TB: Tendenzbetrieb

TVG: Tarifvertragsgesetz vom 9.4.1949 (WiGBL.S.55) in der
Fassung vom 11.1.1952 (BGBl.S.19)

u.a.: unter anderem

UrhR: Urheberrecht

UrhRR: Urheberrechtsreform

u.U.: unter Umständen

UWG: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7.6.1909
(RGBl.S.499)

Verf.: Verfassung

vgl.: vergleiche

VO: Verordnung

Vorbem.: Vorbemerkung

VwR: Verwaltungsrecht

WA: Wirtschaftsausschuß

WP: Wahlperiode

Württ.: Württemberg

Z.: Ziffer

z.B.: zum Beispiel

ZeitVerlg.: "Zeitungs-Verlag (Zeitschrift)"

ZfSchwR: "Zeitschrift für Schweizerisches Recht"

ZPO: Zivilprozeßordnung

DER TENDENZBETRIEB IN ARBEITSRECHTLICHER
UND VERFASSUNGSRECHTLICHER SICHT.

§ 1 ALLGEMEINES.

A. DAS VORKOMMEN DES AUSDRUCKS.

I. Die Entstehungsgeschichte des § 81 I des Betriebsverfassungsgesetzes vom 11.10.1952 (BGB1. I S. 681).

1. Der § 67 des Betriebsrätegesetzes vom 4.2.1920 (RGB1. I S. 147) und seine Vorgeschichte.

Der Ausdruck "Tendenzbetrieb" ist in der Literatur und Rechtsprechung des deutschen Arbeitsrechts seit dem Erlass des BRG 20 bekannt.

Nach § 66 Z. 1 und 2 hatte der BR in Betrieben "mit wirtschaftlichen Zwecken" die Aufgabe, die Betriebsleitung zur Förderung der Wirtschaftlichkeit des Betriebes und zur Erhöhung der Produktivität durch Rat zu unterstützen und an der Einführung neuer Arbeitsmethoden mitzuarbeiten. Wenn sich die Beteiligungsrechte der AN-schaft auch nur auf Ratserteilung und Unterstützung des ArbGehs in betriebstechnischen Fragen beschränkten, so erschienen dem Reichsgesetzgeber selbst diese beschränkten Befugnisse für manche Betriebe noch störend und unangebracht¹⁾.

Aus diesem Grunde wurden in § 67 BRG 20 solche Betriebe aufgeführt, bei denen der AN-vertretung nicht einmal die schwachen

1) Vgl. Mansfeld, BRG 20, § 67 Anm. 1.

Rechte der Z. 1 und 2 des § 66 BRG 2o zustehen sollten¹⁾. Für diese Betriebe hat sich bereits während der Vorarbeiten zum BRG 2o der Ausdruck "Tendenzbetriebe" eingebürgert. Der Gesetzgeber hat sich jedoch weder im BRG 2o noch in späteren Gesetzen dieses Ausdrucks bedient.

Die Gründe, die den Reichsgesetzgeber damals veranlaßten, die Sonderstellung der TBe zu normieren, ergeben sich aus der Entwicklung des Mitbestimmungsgedankens der AN innerhalb der betrieblichen Ordnung einerseits, und aus den erstmals jedem Deutschen - also auch dem ArbGeb²⁾ - durch die RV vom 11.8.1919 zuerkannten und garantierten unveräußerlichen Freiheits- und Menschenrechte andererseits³⁾.

Auf diese beiden Erscheinungen sei kurz eingegangen.

a.) Die Entwicklung des Mitbestimmungsgedankens der AN⁴⁾.

Die gewaltige wirtschaftliche Umwälzung des beginnenden Industriezeitalters brachte im 19. Jahrhundert eine stets zunehmende Technisierung und Mechanisierung der Produktionsvorgänge mit sich. Dies wiederum führte zwangsläufig zu einer wachsenden Verteuerung der Produktionsmittel, ein Ergebnis, das man seitens der Unternehmer durch eine Entwicklung vom gewerblichen Kleinbetrieb zum Industrieunternehmen großen Stils auszugleichen bestrebt war.

-
- 1) § 67 BRG 2o lautet: "Auf Betriebe, die politischen, gewerkschaftlichen, militärischen, konfessionellen, wissenschaftlichen, künstlerischen und ähnlichen Bestimmungen dienen, findet § 66 Z. 1 und 2 keine Anwendung, soweit die Eigenart dieser Bestrebungen es bedingt".
 - 2) Die noch während der Geltungsdauer der RV stark umstrittene Frage, ob grundsätzlich auch juristische Personen Träger von GRen sein können, wird heute durch Art. 19 III GG dann positiv beantwortet, wenn sie ihrem Wesen nach auf juristische Personen anwendbar sind.
 - 3) Vgl. RV vom 11.8.1919, Zweiter Hauptteil, Art. 109 ff: Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen.
 - 4) Hierzu vgl. Stier-Somlo, BRG 2o, Einf. S.XI ff; Mansfield, BRG 2o, Einl.S.1; Boldt, MBG Einf.I 1 vor § 1; Schnorr v. Carolsfeld, ArbR S. 39-41; Maus, Handbuch II S.1; Gläsger, Diss. Köln 1953 S. 26 ff; Bobrowski, ArbR S. 424-427.

Was die menschliche Arbeitskraft angeht, so war das für unsere Zeit typische Spezialistentum eine notwendige Folge der sich ständig höherschraubenden Anforderungen. Infolge der relativen "Unbeweglichkeit" des spezialisierten Industriearbeiters wurde der Bestand des Arbeitsverhältnisses und seine günstige Ausgestaltung immer mehr zur Lebensgrundlage breiter Volksschichten.

All diese Erscheinungen, erfreulich oder nicht, stehen am Anfang des modernen Arbeitsrechts. Es wurde offenbar, daß man dieser Entwicklung mit dem überlieferten Rechtsdenken des Gemeinen Rechts und des Bürgerlichen Rechts nicht gerecht werden konnte, denn jenes trug der entscheidenden Bedeutung, die Bestand und Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses für die an Einfluß gewinnenden breiten Schichten der AN-schaft hatte, nicht Rechnung und sah im Arbeitsverhältnis einen nur schuldrechtlichen Austauschvertrag zwischen gleichberechtigten Partnern, dessen Ausgestaltung im einzelnen völlig in deren Belieben steht.

Es setzte sich auch allmählich die Erkenntnis durch, daß sich ArbGeb und AN eben nicht gleichgeordnet gegenüberstehen, da der ArbGeb als der wirtschaftlich Stärkere in der Regel aus einem Überangebot an Arbeitskräften solche AN auswählen kann, die sich seinen Bedingungen unterwerfen, während der AN zur Erhaltung seiner Existenz lediglich auf die Verwertung seiner Arbeitskraft angewiesen ist, daß Arbeit im Unternehmen eines anderen letzten Endes "Einsatz der menschlichen Persönlichkeit" bedeutet¹⁾.

Die AN-schaft konnte aber erst dann mit einiger Aussicht auf Erfolg an die Verbesserung der Verhältnisse herangehen, als ihr der Staat die Koalitionsfreiheit zugesichert hatte. Nachdem die "Allgemeine Gewerbeordnung" für das Königreich Preußen" vom 17.1.1845 (33 S. 41) in den §§ 181 ff noch am Koalitionsverbot festhielt, gewährte die Sächsische Gewerbe-

¹⁾ So Schnorr v. Carolsfeld, ArbR S. 406.

ordnung von 1861 erstmalig eine beschränkte Koalitionsfreiheit innerhalb des Königreichs Sachsen¹⁾.

Die entscheidende Wendung aber brachten die §§ 152, 153 der "Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund" vom 21.6.1869 (RGBl. S. 245), die den ANn grundsätzlich das Recht gaben, sich zur Verfolgung ihrer Interessen zusammenzuschließen. In diese Zeit fallen auch die Anfänge der Gewerkschaftsbewegung²⁾.

Die ersten Erfolge konnte die AN-schaft auf dem Gebiete des individuellen Kündigungsschutzes für sich buchen³⁾.

Hingegen fand der Betriebsvertretungsgedanke und die Forderungen der AN auf innerbetriebliche Mitwirkung erst später Anerkennung in der Gesetzgebung. Als unmittelbare Folge der "Kaiserlichen Botschaft" vom 4.2.1890, in der den Unternehmern die Bildung von "Arbeiterausschüssen" anempfohlen wurde, erging das "Arbeiterschutzgesetz" vom 1.6.1891 (RGBl. S. 261), das als Titel VII in die GewO vom 21.6.1869 eingearbeitet wurde⁴⁾. Es stand aber auch auf Grund dieser Bestimmungen noch völlig im Belieben der ArbGeb, sogen.

"ständige Arbeiterausschüsse" zu bilden. Selbst wenn sie sich hierzu bereit erklärten, so erschöpfte sich der Tätigkeitsbereich dieser Ausschüsse in einer bloßen Anhörung bei Erlaß der Arbeitsordnungen. Alles andere hing vom guten Willen des ArbGeba ab, der den ANn aber im Rahmen von Tarifverträgen auch weitergehende Rechte einräumen konnte.

Den ersten Zwang zur Errichtung von AN-vertretungen brachten einige Bundesstaaten auf dem Gebiet des Bergrechts aus berg-

1) Vgl. Huber, WirtschaftsVwR II S. 357.

2) Vgl. Nikisch, ArbR 55 S. 65; Huber, WirtschaftsVwR II S. 357.

3) Vgl. §§ 67, 122, 133 der GewO 1869; §§ 67, 767 des HGB vom 10.5.1897 (RGBl. S. 219); § 621 des BGB vom 18.8.1896 (RGBl. S. 195).

4) Vgl. §§ 134 b III, 134 d II, 134 h der GewO in der Fassung der Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 26.7.1900 (RGBl. S. 871).

polizeilichen Gesichtspunkten¹⁾.

Auf Reichsebene brachte der § 11 des "Gesetzes über den vaterländischen Hilfsdienst" vom 5.12.1916 (RGBl. S. 1333) die entscheidende Wende, indem er bestimmte, daß in gewissen Hilfsdienstbetrieben mit mehr als 50 ANn Arbeiter- und Angestelltenausschüsse zu bilden seien. Erstmals mußten alle Mitglieder dieser Ausschüsse der AN-seite angehören. Zwar ist dieses Gesetz am 12.11.1918 wieder aufgehoben worden, Bestand und Wirkungskreis der AN-vertretungen wurden dadurch aber nicht berührt, da nach dem 1. Weltkrieg die politische Entwicklung überall zu einer umfassenden Stärkung des Einflusses der AN-vertretungen, der "Räte", führte. Auf Grund der "Vereinbarung der Spitzenverbände der Sozialpartner" vom 15.11.1918, in der die Gewerkschaften erstmals als die "berufenen Vertreter der AN" anerkannt wurden²⁾, und durch die "VO über Tarifverträge, Arbeiter- und Angestelltenausschüsse und Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten" vom 23.12.1918 (RGBl. S. 1456), war die obligatorische Einrichtung von Betriebsräten in allen Betrieben mit mehr als 50 ANn gesichert. Nachdem es den ANn auf diese Weise gelungen war, die Anerkennung des BRs als Sprachrohr ihrer Belange durchzusetzen, begannen sie, auf die Ausgestaltung der innerbetrieblichen Mitwirkung hinzuwirken³⁾.

Schließlich garantierte der Art. 165 RV den ANn das Recht auf gleichberechtigte Mitwirkung bei der Regelung der Lohn- und Arbeitsbedingungen, sowie an der gesamten Entwicklung der produktiven Kräfte und kündigte die Einführung des

1) Vgl. Art. 80 III, 80 d II des Gesetzes betreffend Änderung einiger Bestimmungen des Berggesetzes für das Königreich Bayern v. 30.6.1900 (GVBl. S. 745); Novellen vom 14.7.1905 und 28.7.1909 zum Allgemeinen Berggesetz für die Preussischen Staaten v. 24.6.1863 (GS S. 705); Allgemeines Berggesetz für das Königreich Sachsen vom 31.8.1910 (GVBl. S. 117).

2) Vgl. Nikisch, ArbR 55 S. 66; Huber WirtschaftsVwR II S. 360.

3) Vgl. VO über die Errichtung von Arbeitskammern im Bergbau v. 28.2.1919 (RGBl. S. 202); Sozialisierungsgesetz v. 23.3.1919 (RGBl. S. 341); Kohlenwirtschaftsgesetz v. 23.3.1919 (RGBl. S. 342); Kaliwirtschaftsgesetz v. 24.4.1919 (RGBl. S. 413).

wirtschaftlichen "Rätesystems" an¹⁾. In Wirklichkeit ist es aber nur auf der untersten Stufe (Einführung der Betriebsräte durch das BRG v. 4.2.1920) und auf der obersten Stufe (Errichtung des vorläufigen Reichswirtschaftsrates durch Verordnung des Reichspräsidenten v. 4.5.1920 - RGBl. S. 858) zur teilweisen Verwirklichung dieses Planes gekommen²⁾. In Ausführung des Art. 165 RV hat dann der Reichsgesetzgeber am 4.2.1920 das BRG erlassen, das die Rechte und Befugnisse des BR und alle hiermit zusammenhängenden Fragen in einer für alle Betriebe verbindlichen Weise regelte. Durch das "Gesetz über die Entsendung von BRs-mitgliedern in den Aufsichtsrat" vom 15.2.1922 (RGBl. S. 209) war auch der Anfang einer Mitwirkung der AN in wirtschaftlichen Angelegenheiten größerer Unternehmen gemacht.

- b.) Kollision zwischen den Beteiligungsrechten der AN und den erstmals durch die Weimarer Verfassung gewährten Grundrechten.

Zur selben Zeit jedoch, als man daran ging, im BRG 20 den ANn einen größeren Schutz gegenüber ungerechtfertigten Maßnahmen der ArbGeb zu gewähren und sie in immer größerem Umfange mitwirken ließ an der Gestaltung der innerbetrieblichen Ordnung und des Arbeitsprozesses, erkannte man auch bereits, daß eine allzu starke und einflußreiche Position der AN jene unveräußerlichen Freiheits- und Menschenrechte des ArbGeba in Frage stellen könnte, die man kurze Zeit vorher - nämlich durch die Weimarer Verfassung - erstmals jedem Deutschen zuerkannt und garantiert hatte.

Man sah, daß die seitens der AN-schaft in steigendem Maße erhobenen Forderungen nach weitergehender Einflußmöglichkeit auf die wirtschaftliche und soziale Lage des Betriebs und auf die Zusammensetzung der Belegschaft dann zu ganz beson-

-
- 1) Auf Grund des Art. 165 RV sollten Betriebsarbeiterräte in den Betrieben, Bezirksarbeiterräte in den Wirtschaftsgebieten und als Spitze der Reichsarbeiterrat gebildet werden.
2) Vgl. Flatow, BRG Einf. X-XII vor § 1; Dietz, BetrVG Vorbem. 4 vor § 1; Huber, WirtschaftsVwR II S. 361 und 479.

deren Schwierigkeiten führen müssen, wenn der Betrieb nicht - wie im Normalfalle - nur wirtschaftliche Ziele verfolgt, sondern eine i d e e l l e Richtung, eine auf geistigem Gebiet liegende "Tendenz", und diese ideelle Richtung nicht mit den Anschauungen der AN-Repräsentanten übereinstimmt. Als anschauliches Beispiel hatte man die Pressebetriebe vor Augen mit der ihnen drohenden Gefahr, daß "politisch andersgesinnte AN niemals für das wirtschaftliche Gedeihen eines Unternehmens eintreten können, dessen politische Richtung sie bekämpfen¹⁾."

Der Gesetzgeber bewertete also das Interesse der Allgemeinheit an der Pressefreiheit höher, als das Interesse der AN an der innerbetrieblichen Mitbestimmung²⁾.

Darüberhinaus verlangte das aufgezeigte Problem auch bei Betrieben mit a n d e r e n ideellen, vornehmlich weltanschaulichen Zielen dringend eine befriedigende Lösung, denn dieselbe Gefahr der Vereitelung der geistig-ideellen Unternehmenstendenz erkannte man bei allen Unternehmen mit gleichliegenden Bestrebungen.

Diese Gefahr sollte durch § 67 BRG 2o gebannt werden, der erstmalig die Sonderstellung der Betriebe mit geistig-ideeller Zielsetzung normierte, obwohl die eigentliche Bedeutung des § 67 erst in den §§ 73, 81 II und 85 BRG 2o zum Ausdruck kam³⁾.

1) Vgl. Mansfeld, BRG 2o § 67 Anm. 1; Flatow, BRG 2o § 67 Anm. 1; Bericht des Ausschusses für soziale Angelegenheiten der Nationalversammlung zum BRG 2o (Drucksache Nr. 1838 S. 50).

2) Vgl. Beschluß des Sächsischen Arbeitsministeriums vom 17.3. 1923, veröffentlicht in NZfArbR 1923, 563 ff; Flatow, BRG 2o § 67 Anm. 1; Löffler in NJW 1954, 489; Erdmann, BetrVG § 81 Anm. 1; Meissinger, BetrVG § 81 Anm. 1; Dietz, BetrVG § 81 Anm. 2; Engler, BRG Hess. § 32 Anm. 6; Arras in BB 1953, 62; Heihoff, Diss. S. 28; LAG Freiburg in AP 51 Nr. 38; Nipperdey in Rvdirlav 1953, 633.

3) § 73 BRG 2o schließt die Entsendung von AN-vertretern in den Aufsichtsrat von TB (§ 7o), sowie die Vorlage der Bilanz in TB (§ 72) aus, soweit die Eigenart des Betriebs es bedingt. § 81 II BRG 2o bestimmt, daß in TB die Richtlinien über die

2. Die Zeit von 1934 bis 1945.

Diese durch das BRG 2o geschaffene Sonderstellung der TBe bestand bis zur Aufhebung des Gesetzes durch das "Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit" vom 2o.1.1934 (RGBl. S. 45). Nachdem das "Führerprinzip"¹⁾ in der gesamten staatlichen Ordnung zu herrschen begann, machte es auch nicht halt vor den Fabriktoren und wurde nun für die innerbetriebliche Ordnung ein maßgeblicher Gesichtspunkt. Aus dem mit genau abgegrenzten Befugnissen und Rechten ausgestatteten BR wurde der "Vertrauensrat", ein Beratungsgremium ohne die Möglichkeit selbständiger Beschlußfassung, nach dem Willen des Gesetzgebers "Mittler des Vertrauens zwischen Betriebsführer und Gefolgschaft".

Das die Bestimmungen des BRG 2o beherrschende "Trennungsprinzip" wurde durch das "Einheitsprinzip" abgelöst, d.h., ArbGeb und AN standen sich innerhalb des Betriebes nicht mehr selbständig gegenüber, mit der Folge, daß beide in ihren Entscheidungen zu verschiedenen Ergebnissen kommen konnten, sondern der meist mit dem ArbGeb identische oder dessen Willen durchführende Betriebsführer hatte den Vorsitz im Vertrauensrat.

Da somit alle Ansätze beseitigt waren, die eine Wahrung kollektiver Interessen der Belegschaft durch die AN-vertreter ermöglicht hatten, vielmehr die Alleinentscheidung und Verantwortung beim Betriebsführer lag, ist es verständlich, daß das Problem der Sonderstellung von TBen nicht mehr aktuell war. Der Konflikt zwischen den Beteiligungsrechten der AN und der geistig-ideellen Unternehmenstendenz konnte nicht mehr entstehen, da die AN-

Einstellungen Bestimmungen enthalten können, die die Einstellung abhängig machen von einer bestimmten politischen, militärischen, konfessionellen oder gewerkschaftlichen Betätigung etc., soweit die Eigenart des Betriebes es bedingt. § 85 BRG 2o ermöglicht in TBen die Kündigung aus weltanschaulichen Gründen, falls die Tendenz des Unternehmens die Lösung des Arbeitsverhältnisses erfordert. Der AN hat dann nicht das Einspruchsrecht nach § 84 Nr. 1; vgl. auch Mansfeld, BRG 2o § 67 Anm 1.

1) Vgl. Bobrowski, ArbR S. 2; Huber, WirtschaftsVwR II S. 481.

vertretung keine durchsetzbaren Rechte gegenüber dem ArbGeb hatte. Verfolgte der ArbGeb Ziele, die mit der Staatsidee und der politischen Richtung des Nationalsozialismus vereinbar waren, so konnte ihn kein AN daran hindern. War das nicht der Fall, so konnte er sich gegenüber dem totalitären Staat sowieso nicht auf Freiheits- und Menschenrechte berufen. Solange es aber um Fragen der betrieblichen Zweckmäßigkeit ging, war die Entscheidung des Betriebsführers unumstößlich. Das Problem der TBe, das während der vergangenen 15 Jahre der Weimarer Republik noch die Gemüter bewegt hatte, war nicht länger existent, da auf Grund der alle Gebiete des Lebens beherrschenden totalitären Staatsauffassung ein derartiger "Konflikt auf der Verfassungsebene" nicht denkbar war¹⁾.

3. Das Kontrollratsgesetz Nr. 22 und die Ländergesetzgebung nach 1945.

Mit dem Zusammenbruch 1945 verschwand das Führerprinzip auch innerhalb des Betriebes. Überall wurden wieder BRe gebildet, spontan und oft ohne gesetzliche Grundlage, und der Mitbestimmungsgedanke setzte sich erneut durch. Eine Verwirklichung dieses Gedankens war aber nur mit Hilfe von Betriebsübereinkommen möglich. Das ERG Nr. 22 vom 10.4.1946 (ABl. KR 1946 S. 133) enthielt keine ausdrückliche Regelung der Beteiligungsrechte der BRe. Aber aus der Tatsache, daß das Gesetz im einzelnen besondere s o z i a l e Funktionen hervorhebt, folgerte man, daß das KRG Nr. 22 zumindest in sozialen Angelegenheiten ein Mitbestimmungsrecht der BRe einräumen wollte²⁾.

Im übrigen aber sollten die Betriebsräte im Rahmen des KRG Nr. 22 ihre Aufgaben und das dabei zu verfolgende Verfahren selbst

1) Vgl. Gläsger, Diss. S.41; Maurer, AR-Blattei-TB-A.

2) Müller in BB 1948, 108 folgert das mit Recht aus Art. 5 I lit. f des KRG Nr. 22.

bestimmen¹⁾.

Mit dem Tage des Inkrafttretens des BetrVG (also gem. § 92 am 14.11.1952) verlor das KRG Nr. 22 "im Gebiete der Bundesrepublik im sachlichen Geltungsbereich des BetrVG seine Wirksamkeit", soweit seine Vorschriften nicht bereits vorher für einzelne Länder ganz oder teilweise hinfällig geworden waren²⁾.

Mit Inkrafttreten des PersVG (also gem. § 101 I PersVG am 6.9.1955) trat für den Bereich, der durch das PersVG geregelt ist, das KRG - soweit es noch in Geltung war - außer Kraft³⁾.

Das KRG Nr. 22 ist jedoch weiterhin für die ö f f e n t l i c h e n Betriebe (vgl. § 88 BetrVG) in den Ländern wirksam, die noch keine eigenen Personalvertretungsgesetze erlassen haben und bei denen auch die nach 1945 verkündeten Betriebsrätegesetze keine Bestimmungen über öffentliche Betriebe enthalten.

Demgegenüber enthalten die Ländergesetze, die in der Zeit nach 1945 in Ausführung des KRG Nr. 22 auf dem Gebiete des Betriebsräterechts ergangen sind, durchwegs spezialisierte und in ihrem Wirkungsgrad weitergehende Bestimmungen.

Die Rechte der AN auf Beteiligung⁴⁾ an der Verwaltung der Betriebe wurden in den einzelnen Ländern genau festgelegt und abgegrenzt⁵⁾.

1) Vgl. Erdmann, Diss. S. 155.

2) Vgl. Gesetz Nr. A-30 vom 30.9.1952 in ABl. AHK II Nr. 94 vom 10.10.1952 S.1953; ferner Galperin, BetrVG Vorbem. 3 vor § 1.

3) § 101 II PersVG; ferner Dietz, PersVG § 101 Anm. 2.

4) "Beteiligung" wird im Rahmen dieser Arbeit als allen Stufen der Mitwirkung gemeinsamer Oberbegriff verwendet. So auch das Gesetz Nr. 726 für Württ.-Bad. v.18.8.1948 (RegBl. S. 136); Erdmann, Diss. S. 10.

5) Rheinl.-Pfalz: LandesVO über die Errichtung und die Tätigkeit von BRen v. 15.5.1947 (VOBl. S. 258); Hessen: BRG für das Land Hessen v. 31.5.1948 (GVBl. S. 117); Württ.-Bad.: Gesetz Nr. 726 über die Beteiligung der AN an der Verwaltung und Gestaltung der Betriebe der Privatwirtschaft v. 18.8.1948 (RegBl. S. 136); Baden: Landesgesetz über die Bildung von BR v. 24.9.1948 (GVBl. S. 209); Bremen: Bremisches BRG v.10.1.1949 (RegBl.S.153); Württ.-Hohenz.: BRG v.21.5.1949 (RegBl. S. 153) Schlesw.-Holst.: Gesetz zur Regelung vordringlicher Angelegenheiten des BR-Rechts v. 3.5.1950 (GVBl. S. 169); Bayern: BRG v. 25.10.1950 (GVBl. S. 227).

Auch in den nach 1945 entstehenden Verfassungen der einzelnen Länder wurde den ANn ein Beteiligungsrecht am Unternehmen garantiert¹⁾.

Da nun auch in die neu entstehenden Länderverfassungen wieder Grundrechtskataloge aufgenommen wurden, sah man sich bei der Schaffung der einzelnen Betriebsratgesetze der Länder genau wie der Reichsgesetzgeber im Jahre 1920 bei der Schaffung des BRG wieder vor die Aufgabe gestellt, die in der Unternehmenstendenz zum Ausdruck kommende Geistesrichtung des ArbGeba gegenüber den Beteiligungsrechten der AN im Betrieb zu schützen. Aus diesem Grunde finden sich auch in allen Betriebsratgesetzen Bestimmungen, die die Beteiligungsrechte der AN in TBen einschränken. Als direktes Vorbild galt der § 67 BRG 20, auf den deshalb alle Länder bei ihrer Betriebsratgesetzgebung zurückgriffen. Allerdings gingen die einzelnen Länder verschieden weit in der Einschränkung der AN-Beteiligungsrechte, eine Tatsache, die ihre Erklärung wohl in den politischen Machtverhältnissen in den gesetzgebenden Körperschaften der Länder findet²⁾.

Am stärksten wurden die AN-Beteiligungsrechte durch die Betriebsratgesetze in Bremen und in Baden eingeschränkt, da dort jegliche Mitbestimmung in TBen ausgeschlossen war. Andererseits wurden die Beteiligungsrechte am wenigsten angetastet in Bayern, Rheinland-Pfalz und Württemberg-Hohenzollern. Die entsprechenden Bestimmungen der übrigen Länder hielten sich auf einem nach der einen oder anderen Seite zuneigenden Mittelweg³⁾.

1) Art. 67 II Verf. Rheinl.-Pfalz v. 18.5.47 (VOBl. S. 209); Art. 175 BayVerf. v. 2.12.1946 (GVBl. S. 349); Art. 47 II Brem.Verf. v. 21.10.1947 (GVBl. S. 251); Art. 39 Bad.Verf. v. 19.5.1947 (RegBl. S. 129); Art. 37 Hess.Verf. v. 11.12.1946 (GVBl. S. 229); Art. 96 Verf. v. Württ.-Hohenz. v. 20.5.1947 (RegBl. S. 1).

2) Bayern: §§ 49 IV, 80, 105; Bremen: § 32; Hessen: § 32; Württ.-Baden: § 3 II und DVO § 5; Schlesw.-Holst.: § 2 III; Baden: § 24 II; Rheinl.-Pfalz: § 38; Württ.-Hohenz.: § 67; Löffler in NJW 1954, 490; ArbG Heidelberg in BB 1950, 758; Endemann in BlfArbR 1954, 157.

3) Vgl. Nikisch, ArbR 51 S. 404.

4. Der § 81 I BetrVG vom 11.10.1952
(RGBl. I S. 681).

Durch das BetrVG wurden die landesrechtlichen Vorschriften über das Betriebsräterecht zum größten Teil außer Kraft gesetzt. Lediglich bezüglich der Verwaltungen und Betriebe der Länder, sowie deren juristischen Personen, sind die Länderbestimmungen - und, wo die Länderbestimmungen keine Regelung für die öffentlichen Betriebe enthalten, das KVG Nr. 22 - auch nach Erlass des PersVG vom 5.8.1955 noch gültig, soweit nicht in der Zwischenzeit Landespersonalvertretungsgesetze erlassen wurden (§§ 90, 88 II BetrVG § 1 PersVG).

Das BetrVG regelt in umfassender Weise das Vertretungsrecht der AN und ihre Beteiligungsrechte in den Betrieben der privaten Wirtschaft. Es ist das Ergebnis eines erbitterten Ringens nach neuen Ausdrucksformen der sozialen und wirtschaftlichen Ordnung¹⁾. Letztlich ist es ein Kompromiß des Gesetzgebers zwischen den Forderungen der AN nach Mitbestimmung in allen wirtschaftlichen, sozialen und personellen Fragen des Betriebes²⁾ und dem Bestreben der ArbGeb-kreise, die Beteiligungsrechte der AN gemäß den traditionellen Grundsätzen des unumschränkten und unbeschränkbaren Rechtes am privaten Eigentum, zumindest in wirtschaftlichen Angelegenheiten ganz oder nahezu vollständig auszuschließen und auf den übrigen Gebieten der Beteiligung nur Informations- und Mitberatungsrechte einzuräumen³⁾. Obwohl die AN-schaft nicht alles erreichte, was sie anstrebte, so muß rückblickend gesagt werden, daß der durch das BetrVG geregelte Umfang des Mitbestimmungsrechts der AN weit über dasjenige Maß hinausgeht, auf das man sich im BRG 20 einigen konnte, und daß der bundesdeutsche Gesetzgeber auch im Vergleich zu anderen Staaten sehr

1) Vgl. Heihoff, Diss. S. 5.

2) Engler in RdA 1948, 17 spricht in diesem Zusammenhang von einer "Betriebsdemokratie", die erstmals in der Welt durch das Hess. BRG verwirklicht worden sein soll.

3) Vgl. Erdmann, Diss. S. 158-160; SPD-Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung der Wirtschaft, 1. WP BT-Drucks. 1229; CDU/CSU-Entwurf eines Gesetzes über die Mitbestimmung der AN im Betrieb, 1. WP BT-Drucks. 970.

weit gegangen ist¹⁾.

Diese Entwicklung findet ihre Erklärung mit in dem besonders nach 1945 deutlich erkennbaren Auffassungswandel über das Verhältnis der Sozialpartner zueinander und die Mitwirkung und Treupflicht der AN im Betrieb²⁾.

Da man nunmehr in Anknüpfung an die Zeit vor 1933 bestrebt war, die Position der Sozialpartner als autonome Größen noch weiter auszubauen und zu stärken, ist dieser Auffassungswandel letztlich auch die Folge von bestimmt sich abzeichnenden Machtsituationen.

Auf der anderen Seite hat der junge deutsche Bundesstaat bereits in seiner am 23.5.1949 in Kraft getretenen Verfassung in besonders markanter Weise die unveräußerlichen Freiheits- und Menschenrechte proklamiert und einen umfassenden Grundrechtsschutz für seine Staatsbürger aufgebaut³⁾.

Es ist daher verständlich, daß man sich im Jahre 1952 bei der Schaffung des BetrVG wieder mit der Frage befassen mußte, was geschehen soll, wenn sich das Recht der AN auf Beteiligung an der Verwaltung der Betriebe mit gewissen in der Unternehmenstendenz zum Ausdruck kommenden Grundrechten des ArbGeba berührt oder schneidet. So entstand unter anderem auch der § 81 I des BetrVG, der als Vorbild den § 67 BRG 2o und die entsprechenden Bestimmungen in der Betriebsrätegesetzgebung der Länder nach 1945 hatte, der aber die rechtliche Sonderstellung der TBe den - gegenüber früheren Regelungen - erweiterten Beteiligungsrechten anpaßte⁴⁾.

1) Vgl. Erdmann, Diss. S. 21 und 153; Dietz, BetrVG § 81 Anm.2.

2) Vgl. § 49 BetrVG und § 1 BRG 2o.

3) Vgl. Art. 1-19 GG.

4) § 81 I BetrVG lautet: "Auf Betriebe, die politischen, gewerkschaftlichen, konfessionellen, karitativen, erzieherischen, wissenschaftlichen, künstlerischen und ähnlichen Bestimmungen dienen, finden die §§ 67 bis 77 keine Anwendung. Die sonstigen Bestimmungen dieses Gesetzes finden nur insoweit Anwendung, als nicht die Eigenart des Betriebes dem entgegensteht".

Vgl. auch Maurer, AR-Blattei-TB-A.

II. Der gesetzgeberische Zweck und die Auslegung.

1. Gesetzesmaterialien zu § 67 BRG 20 und § 81 I BetrVG.

Wie bereits aufgeweigt, war Sinn und Zweck der Sonderbehandlung der TBe die Befürchtung des Gesetzgebers, der BR könne ein uneingeschränktes Beteiligungsrecht dazu benutzen, den Betrieb in seiner Zielsetzung zu behindern und zu schädigen¹⁾. Insbesondere sah man sich veranlaßt, die Pressefreiheit zu bewahren und abzuschirmen gegenüber den Beeinflussungen einer politisch und weltanschaulich anders orientierten AN-schaft²⁾.

Bei den parlamentarischen Vorarbeiten zum BetrVG kamen die Gegensätze über Inhalt und Formulierung der die TBe betreffenden Ausnahmebestimmung zwischen der den AN-kreisen nahestehenden politischen Richtung und denjenigen politischen Kräften, die sich den ArbGeb-interessen geneigt zeigten, klar zum Ausdruck. Seitens der parlamentarischen Opposition wurde grundsätzlich die Notwendigkeit einer derartigen Ausnahmebestimmung für TBe nicht bestritten, jedoch wollte man erreichen, daß bei derartigen Betrieben lediglich die Beteiligungsrechte in w i r t s c h a f t - l i c h e n Angelegenheiten wegfallen sollen. In personellen und sozialen Fragen hingegen sollten die AN-rechte bestehen bleiben. Vor allem aber sollten nur solche Betriebe überhaupt unter die Ausnahmebestimmung fallen, die "im wesentlichen", oder "überwiegend" den genannten ideellen Zweckbestimmungen dienen und nicht in der Hauptsache auf einen Erwerbszweck gerichtet sind³⁾.

1) Vgl. Bericht des Ausschusses für soziale Angelegenheiten der Weimarer Nationalversammlung zum BRG, Drucksache Nr. 1838 S. 50 sowie Deutscher Bundestag, 1. WP 225. Sitzg. Sten.Ber. S. 10 086 ff.

2) Vgl. 136.-138. Sitzung der Weimarer Nationalversammlung Sten. Ber. S. 4237 ff.

3) Vgl. Abg.Dr.Preller (SPD) zum Änderungsantrag SPD Umdruck Nr. 617 Ziff. 50, Sten.Ber. S. 10 085 (1. WP).

Diese Meinung wurde von den Regierungsparteien nicht geteilt, eine Tatsache, die ihren Niederschlag auch in der endgültigen Formulierung des Gesetzes gefunden hat. Man bezeichnete es geradezu als unmöglich - und berief sich dabei auf den "Entrüstungssturm", den der Änderungsantrag der SPD in der gesamten deutschen Presse und in Kreisen der Zeitungsverlegerverbände hervorgerufen habe - diesen Wünschen der AN-kreise zu entsprechen, "ohne daß hier in irgendeiner Form auf die redaktionelle Gestaltung publizistischer Erzeugnisse Einfluß genommen wird¹⁾".

Die politische Mehrheit war der Meinung, daß es einem wesentlichen Einbruch in die Bestimmungen des GG gleichkommen würde, wenn Redakteure oder Personen, die für die Gestaltung von publizistischen Erzeugnissen verantwortlich sind, durch engherzige Auslegung und Handhabung der Ausnahmenvorschrift für TBe daran gehindert werden, frei, oder je nach dem vertraglichen Verhältnis zum Verleger tätig zu werden.

Es war also der Wille des Gesetzgebers, den § 81 BetrVG ex t e n s i v auszulegen und einen Betrieb immer dann unter die Ausnahmenvorschrift fallen zu lassen, wenn er einem der vom Gesetzgeber als schutzwürdig erachteten i d e e l l e n Zwecke dient, ganz gleichgültig, ob der im Regelfalle noch zusätzlich verfolgte wirtschaftliche Zweck gegenüber dem ideellen überwiegt oder nicht.

2. Wissenschaft und Praxis des Arbeitsrechts.

In Lehre und Rechtsprechung erkannte man, daß die betriebsverfassungsrechtliche Sonderstellung der TBe eigentlich ein arbeitsrechtliches Problem auf der Ebene des Verfassungsrechts ist²⁾.

1) Vgl. Abg.Dr.Vogel (CDU) in Sten.Ber.S. 10 o86 der 1. WP 225. Sitzung.

2) Vgl. Arras in BB 1953, 62; der TB ist durch die Verfassung geschützt; IAG Freiburg in AP 51 Nr. 38 mit Anm. von Hessel;

Eine Lösung sah und sieht man darin, daß die freie Betätigung geistig-ideeller Art, insbesondere das Recht der freien Meinungsäußerung und die Pressefreiheit, höher zu werten sind, als die Beteiligungsrechte der AN in den Betrieben¹⁾.

Es kann dahingestellt bleiben, ob es sich bei dem Mitbestimmungsrecht des BetrVG auch um ein im GG verankertes Recht handelt²⁾, jedenfalls sollte mit der Regelung des § 81 I die Unabhängigkeit eines auf i d e e l l e Ziele gerichteten Unternehmens gegenüber den AN-Beteiligungsrechten den Vorrang haben³⁾. Derartige ideelle Ziele bedürfen nämlich einer einheitlichen Leitung durch den Inhaber oder Repräsentanten des Betriebes. Stimmen diese Ziele aber mit den Anschauungen der AN nicht überein, so könnte sich aus einer Mitwirkung andersdenkender AN im Betrieb die Vereitelung des ideellen Zweckes ergeben. Diese Gefahr besteht bei reinen Produktionsbetrieben nicht, da hier sowohl die Interessen des ArbGehs als auch die der AN "gleichgeschaltet" und auf eine maximale Förderung und Steigerung der w i r t s c h a f t l i c h e n Entwicklung des Betriebes gerichtet sind⁴⁾.

Es wird heute in Literatur und Rechtsprechung überwiegend die Meinung vertreten, daß § 81 I BetrVG als Ausnahmenvorschrift nicht eng auszulegen ist, sondern in Anbetracht seiner wichtigen Aufgabe, die geistige Meinungsfreiheit sicherzustellen, e x t e n s i v interpretiert werden muß⁵⁾.

Anm. Frey zu BAG in ArbUr 1956, 350, wonach Grundlage des § 81 die verfassungsmäßige Freiheitsgarantie ist; Hueck-Nipperdey, ArbR II S. 706; Huber, WirtschaftsVwR II S. 493.

- 1) Vgl. Löffler in NJW 1954, 491; LAG Berlin in NJW 1956, 78; BAG in AP 55 Nr. 1 zu § 81; Stier-Somlo, BRG § 67 Anm. 1.
- 2) Frey in Anm. zu BAG in ArbUr 1956, 350 bejaht unter Hinweis auf die Generalklausel der sozialen Rechtsstaatlichkeit in Art. 20 I GG.
- 3) Vgl. v. Mauchenheim, ZeitVerlg. 1953, 298; BAG in AP 55 Nr. 1 zu § 81 BetrVG; Dietz, BetrVG § 81 Anm. 3b; Löffler in NJW 1954, 490; LAG Freiburg in AP 51 Nr. 38.
- 4) Vgl. Nipperdey in Rvdirlav 1953, 631.
- 5) Vgl. BAG in BAGE 2, 94 = NJW 1955, 1574; Löffler in NJW 1954, 490; LAG Freiburg in AP 51 Nr. 38; Dietz, BetrVG § 81 Anm. 3b; a.A. Frey in Anm. zu BAG in ArbUr 1956, 350; Hueck-Nipperdey, ArbR II S. 706; Bührig, Handb. der BetrVerf. § 81 Erl. 3.

Allerdings soll nicht verkannt werden, daß in der Regel wohl eine Vermutung für ein voll mitbestimmungsunterworfenen Unternehmen besteht, § 81 I also nur eine Ausnahme in der Fülle der Regelhaftigkeiten des Gesetzes und der Wirklichkeit darstellt. Trotz extensiver Auslegung und einem damit verbundenen weitgehenden Schutz der ideellen Zielsetzungen, darf aber nicht außer acht bleiben, daß es nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen sein kann, einer "Tendenzjagd" Tür und Tor zu öffnen. Vielmehr kann nur derjenige Betrieb unter § 81 I fallen, der einer ideellen Zweckbestimmung " d i e n t ", der also einer in dieser Hinsicht erkennbaren Richtung von gewisser Dauer und Intensität unterliegt¹⁾, bei dem eine gewisse dienende Unterordnung des Technisch-Wirtschaftlichen unter das Geistig-Ideelle nach außen hin erkennbar zutage tritt²⁾.

3. ZUM BEGRIFF "TENDENZBETRIEB".

Der Begriff "Tendenzbetrieb" hat, wenn man ihn isoliert betrachten und definieren will, wenig Sinn und es ist kaum verständlich, warum es zusätzlich zu der schon viel einleuchtenderen Begriffsbildung des "Produktionsbetriebes", als eines Betriebes mit w i r t s c h a f t l i c h e r Zweckbestimmung³⁾, auch noch dieses Begriffes bedurfte.

Ein Gesetzesbegriff findet Bedeutung und Sinn nur im Rahmen eines bestimmten, durch Normen geregelten Lebenstatbestandes. Es wäre also ein sehr fragwürdiges Unterfangen, wollte man versuchen, den Begriff derart zu deuten, daß man ihn auch beliebig in einen anderen Vorgang, für den andere Normen Geltung haben, übernehmen

1) Vgl. Endemann in BfArbR 1954, 367; Frey in ArbUr 1956, 350, 51.

2) Vgl. Frey in Anm. zu BAG in AP Nr. 15 zu § 1 VSchG.

3) Vgl. Küchenhoff, BetrVG § 81 Anm. 2; Stier-Somlo, BRG § 67 Anm. 2.

kann. Dies wäre angesichts der gerade im Arbeitsrecht häufig noch nicht gesicherten Erkenntnisse geradezu falsch¹⁾.

Nicht der Begriff ist das Wesentliche, sondern Sinn und Zweck der Vorschrift unter Berücksichtigung ihres geschichtlichen Milieus.

Will man im Hinblick darauf, daß der Begriff "TB" in Lehre und Rechtsprechung allgemein gebräuchlich ist, an eine Definition herangehen, so erscheint es geboten, diesen Begriff n u r unter Beachtung seiner sozialen Zweckbestimmung im Rahmen d e s jeweiligen Gesetzes zu umreißen, in dem er Bedeutung erlangt hat²⁾.

Im geltenden Recht hat der Begriff nur im Rahmen des BetrVG, insbesondere in dessen § 81 I Bedeutung³⁾. Für den heute geltenden Rechtszustand ist daher bei der Definition zunächst allein von § 81 I BetrVG auszugehen und erst dann, wenn das Gesetz selbst keine weitere Auskunft zu geben vermag, sind andere, außerhalb des Gesetzes liegende Gegebenheiten zur Auslegung mitheranzuziehen.

Der § 81 spricht von "Betrieben, die politischen, gewerkschaftlichen, konfessionellen, karitativen, erzieherischen, wissenschaftlichen, künstlerischen und ähnlichen Bestimmungen dienen". Gemeint sind damit offenbar solche Betriebe, die nicht ausschließlicher w i r t s c h a f t l i c h e n Bestimmung dienen, sondern einem oder mehreren der aufgezählten Ziele, sei es nun ausschließlich oder nur nebenbei, Betriebe, die in eine der angegebenen Richtungen "tendieren". Sie sollen, da sie sich w e g e n dieser besonderen Zielsetzung von den normalen Betrieben mit wirtschaftlicher Bestimmung (= Produktionsbetriebe) unterscheiden, eine betriebsverfassungsrechtliche Sonderstellung einnehmen.

1) Vgl. Heihoff, Diss. S. 6.

2) Vgl. Hessel in RdA 1951, 450; BGH in BGHZ 12, 269 = NJW 1954, 794.

3) Es ist daher zumindest irreführend, wenn Röhling in Diss. S. 105 von der "religiösen Tendenz" eines kirchlichen ArbGeba spricht.

Es kann heute als herrschende Meinung angesehen werden, daß der § 81 I nicht an den seit langem verwendeten Begriff des "Betriebes" im arbeitsrechtlichen Sinne anknüpft, sondern an den des "U n t e r n e h m e n s", sodaß es richtig eigentlich "Tendenzunternehmen" statt "Tendenzbetrieb" heißen müßte¹⁾.

" B e t r i e b " im arbeitsrechtlichen Sinne bedeutet die organisatorische Einheit, innerhalb derer ein ArbGeb mit Hilfe technischer und immaterieller Mittel bestimmte arbeits t e c h n i s c h e Zwecke verfolgt. Innerhalb des Betriebes ist dieser arbeitstechnische Zweck das u n m i t t e l b a r e Ziel der Tätigkeit²⁾.

Hingegen versteht man unter einem " U n t e r n e h m e n " eine rechtliche, finanzielle, organisatorische Einheit, die bestimmt wird durch den wirtschaftlichen oder i d e e l l e n Zweck, dem ein Betrieb oder mehrere organisatorisch verbundene Betriebe desselben Unternehmens dienen³⁾.

Der Unterschied zwischen "Betrieb" und "Unternehmen" liegt also darin, daß für den Betrieb der unmittelbare arbeitstechnische Zweck (Produktion, Transport, Umsatz) kennzeichnend ist, während das Unternehmen beherrscht wird vom M o t i v dieser Tätigkeit als dem entfernteren, letzten (wirtschaftlichen oder

1) So BAG in AP Nr. 1 zu § 81 und in SAE 1957, 44 = NJW 57, 79; Arras in BB 1953, 63 und RdA 1954, 460; Löffler in NJW 1954, 492; Nipperdey in Rvdirlav 1953, 631; Rewolle-Köst, Handkomm. 1954 § 81 Anm. 1; Frey in Anm. zu BAG AP Nr. 15 zu § 1 KSchG; Heihoff, Diss. S. 15; Dietz, BetrVG § 81 Anm. 3a; Erdmann, BetrVG § 81 Anm. 4; Hueck-Nipperdey, ArbR II S. 705.

2) Zum Betriebsbegriff vgl. RAG in ArbRSlg. Bd. 30, 326; BAG in AP Nr. 1 zu § 81 BetrVG; Unverzagt in ArbUR 1955, 37; Herrschel in RdA 1956, 161; Maurer-AR-Blattei-TB-B II 2; Nikisch ArbR 55 S. 126; Schnorr v. Carolsfeld, ArbR S. 29 ff; Bo-browski, ArbR S. 428; Bührig in Handb. der BetrVerf. S. 104; Huber, WirtschaftsVwR II S. 474.

3) Zum Unternehmensbegriff außer Fußnote 2: Hessel in BB 50, 371; IAG Mannheim in BB 52, 258; IAG Freiburg in AP 52 Nr. 1; Schnorr v. Carolsfeld, ArbR S. 32 und 411; Nikisch, ArbR 55 S. 131, 132; Huber, WirtschaftsVwR II S. 471.

ideellen) Zweck, um dessentwillen die Arbeit geleistet wird. Diese Unterscheidung hat dann keine Bedeutung, wenn sich Betrieb und Unternehmen im Einzelfall decken. Sie gewinnt aber eine zentrale Bedeutung, wenn der Betrieb nur Teil eines Unternehmens ist. Dann ergibt sich nämlich aus der Erkenntnis, daß der Betrieb als lediglich organisatorisch-technische Zwecksetzung infolge seiner Wertneutralität keiner der ideellen Richtungen des § 81 I dienen kann, die Folge, daß nur das wirtschaftlich oder ideell motivierte Unternehmen überhaupt in der Lage ist, eine oder mehrere Richtungen des § 81 I zu verfolgen¹⁾.

Der § 81 knüpft also nicht an den "Betrieb", sondern an das "Unternehmen" im arbeitsrechtlichen Sinne an.

Diese Ansicht wird auch dadurch bestätigt, daß das Gesetz die AN-Beteiligungsrechte in w i r t s c h a f t l i c h e n Angelegenheiten völlig ausschließt, es aber keinem Zweifel unterliegen kann, daß ein derartiges Beteiligungsrecht sich immer nur auf der Ebene des Unternehmens und nicht auf Betriebsebene auswirken kann. Nur das von einem hinter dem technischen Zweck liegende Motiv getragene U n t e r n e h m e n ist Gegenstand der Wirtschaftspolitik. Der zur Verwirklichung dieses wirtschaftlichen Beteiligungsrechts durch das BetrVG eingerichtete Wirtschaftsausschuß kann daher auch nur dem "Unternehmen" im arbeitsrechtlichen Sinne zugeordnet sein²⁾.

Trotzdem soll aber im Rahmen dieser Untersuchungen der Ausdruck "Tendenzbetrieb" weiterverwendet werden, denn es wäre sicherlich ein fruchtloses Unterfangen, wollte man versuchen, im Wege einer rein verstandesmäßigen Argumentation gegen die Sprache des Gesetzes, gegen eine nahezu 30jährige Tradition und endlich auch gegen die Sprache des Volkes anzukämpfen, das ja bekanntlich keinen Unterschied macht zwischen "Betrieb" und "Unternehmen"³⁾.

1) Vgl. Dietz, BetrVG § 81 Anm. 3 und § 1 Anm. 34.

2) Vgl. Erdmann, BetrVG § 81 Anm. 2; Nikisch, ArbR 55 S. 132; Nipperdey in Rvdirlav 1953, 631; Hueck-Nipperdey, ArbR II S. 862; Huber, WirtschaftsVwR II S. 548.

3) Vgl. Schnorr v. Carolfeld, ArbR S. 32.

Nur R e u s s ¹⁾ bezeichnet den Versuch, an die Stelle des vom Gesetzgeber gebrauchten Ausdrucks "Betrieb" den Ausdruck "Unternehmen" zu setzen, als nicht glücklich, da seiner Ansicht nach ein aus mehreren Betrieben bestehendes Unternehmen im Ganzen tendenzmäßig indifferent sein kann, während der einzelne Betrieb eine eindeutige Tendenz aufzuweisen hat, mit der Folge, daß es für die Rechtsfolgen aus einer Tendenzeigenschaft nur auf die Tendenz des jeweiligen B e t r i e b e s anzukommen hat.

Dieser Meinung kann nicht beigetreten werden. Der Betrieb als eine rein t e c h n i s c h e Organisation, deren unmittelbarer Zweck auch nur auf die Verfolgung arbeitstechnischer Ziele gerichtet ist, kann nicht Träger einer geistig-ideellen Tendenz sein, sondern nur das von einem Rechtssubjekt verkörperte Unternehmen. Die Frage, ob ein Unternehmen als TB i. S. des § 81 I anzusehen ist, kann nur einheitlich beantwortet werden und nicht für jeden Bestandteil des Unternehmens selbständig und unterschiedlich. Dabei ist wichtig, zu erkennen, daß man nicht von feststehenden Begriffsinhalten wie "Unternehmen" oder "Betrieb" ausgehen kann, die man als gewissermaßen unverändert und unabänderbar über allen Rechtsgebieten stehend betrachtet, sondern daß man nach den Zielen der speziellen Gesetzesbestimmung zu forschen hat, die einen derartigen Ausdruck verwendet. Dann ist es durchaus möglich, daß bei der einen Gesetzesvorschrift von einem weiteren Inhalt auszugehen ist als bei einer anderen, obwohl beide den gleichen Ausdruck verwenden. Dies wird z. B. klar bei der später noch näher zu behandelnden Frage, ob der Tendenzschutz des § 81 I auch die Arbeitsverhältnisse erfaßt, die zwischen den politischen Parteien, Gewerkschaften und Religionsgemeinschaften einerseits und deren ANn andererseits bestehen. Hier ist es ohne Bedeutung, daß sich die rechtlichen Beziehungen kaum unter den herkömmlichen Begriff "Unternehmen" einordnen lassen, denn Sinn und Zweck der Vorschrift des § 81 I verlangen in diesen Fällen eine erweiternde Inhaltsbestimmung des Ausdrucks "Unternehmen", da es mit Sicherheit die Absicht des Ge-

1) Vgl. Reuss in RdA 1956, 210.

setzgebers war, auch hier den Tendenzschutz eingreifen zu lassen - vorausgesetzt, daß die sonstigen Voraussetzungen gegeben sind (vgl. unten § 2 A I 3).

C. ZUSAMMENFASSUNG.

Diejenigen Betriebe, die der Gesetzgeber in § 81 I BetrVG ausnahmsweise von den wirtschaftlichen Mitbestimmungsrechten der AN (§§ 66 - 77) freigestellt hat und bei denen die Beteiligungsrechte in sozialen und personellen Angelegenheiten im Einzelfall - je nachdem, ob die Eigenart des Betriebes entgegensteht oder nicht - ausgeschlossen sein können, bezeichnet man in Wissenschaft und Praxis des Arbeitsrechts als "Tendenzbetriebe". Dieser Begriff wurde erstmals bei den Vorarbeiten zum BRG 20 geprägt und ist während der Geltung des BRG 20, dann nach 1945 bei der Betriebsrätegesetzgebung der Länder, schließlich bei der Schaffung des BetrVG und heute bei der Anwendung dieses Gesetzes ein ständig verwendeter Ausdruck, der aber im Gesetz selbst noch zu keiner Zeit definiert wurde.

Der Ausdruck "Tendenzbetrieb" hat heute nur Sinn und Bedeutung im Rahmen des § 81 I BetrVG.

"Tendenzbetriebe" sind alle diejenigen Unternehmen, welche die im Gesetz aufgeführten und als schutzwürdig erachteten Ziele oder gleichgestellte "ähnliche" Richtungen entweder ausschließlich oder neben wirtschaftlichen Bestrebungen verfolgen.

§ 2 DIE SONDERSTELLUNG DES
UNTERNEHMENS MIT GEISTIG -
IDEELLER ZIELSETZUNG.

A. VORAUSSETZUNGEN FÜR DIE BEJAHUNG DER EIGENSCHAFT
EINES TENDENZBETRIEBES NACH § 81 I DES BETRIEBS-
VERFASSUNGSGESETZES.

I. Voraussetzungen, die dem Gesetz zu entnehmen sind.

1. Positive Voraussetzungen: Die vom Gesetz-
geber im einzelnen geschützten Richtungen.

Eingangs ist zu bemerken, daß der Gesetzgeber nicht beabsichtigte und auch garnicht beabsichtigen konnte, eine erschöpfende Aufzählung der zu schützenden Zielsetzungen in den Gesetzeswortlaut aufzunehmen. Vielmehr wollte er, wie das in vielen ähnlichen Fällen auf anderen Rechtsgebieten auch üblich ist, eine beispielhafte Aufzählung der im praktischen Leben wichtigsten Fälle vornehmen und am Schluß dieser Aufzählung durch den Zusatz "... und ähnliche Zweckbestimmungen" für Lehre und Rechtsprechung den Weg bahnen, auch auf diejenigen Unternehmen die Ausnahmeregelung des § 81 I anzuwenden, die zwar nicht einer ausdrücklich aufgezählten Richtung dienen, deren Tendenz aber jenen Zielsetzungen "ähnlich" ist¹⁾. Ob eine derartige Ähnlichkeit mit den aufgezählten Richtungen vorliegt, kann nur dann

1) Vgl. Stier-Somlo, BRG § 67 Anm. 2; Maurer, AR-Blattei-TB-B I; Hünérfeld in Car. Korr. 1954, Heft 7/8; Löffler in NJW 1954, 490; Heihoff, Diss. S. 23; Galperin in Börsenblatt 1953, 178.

festgestellt werden, wenn die den einzelnen im Gesetz genannten Tendenzen zugrunde gelegten *L e i t g e d a n k e n* herausgearbeitet und auf den zu beurteilenden Fall angewandt werden. Diessoll bei der Behandlung der "ähnlichen" Bestimmungen geschehen (vgl. unten § 2 A I 1 h).

Bei der *A u s l e g u n g* der einzelnen ideellen Richtungen des § 81 I sind zwei extreme Möglichkeiten denkbar:

Man kann die Begriffe "politisch", "gewerkschaftlich", "konfessionell" etc. möglichst *w e i t* auslegen und auf diese Weise alle denkbaren geistig-ideellen Zielsetzungen unter die im Gesetz ausdrücklich aufgezählten Merkmale einordnen. Man kann aber auch die einzelnen Begriffe - und insbesondere den Begriff "politisch" - *e n g* auslegen und dann alle Richtungen, die nicht mehr darunter passen, unter den Auffangtatbestand "ähnliche Zweckbestimmungen" bringen.

Der richtige Weg scheint ein Mittelweg zu sein. Eine engherzige Auslegung der einzelnen Tendenzmerkmale ist übereinstimmend mit dem für § 81 I geltenden Grundsatz der extensiven Auslegung fehl am Platze. Andererseits ist eine uferlose Ausdehnung vom Gesetzgeber nicht gewollt, da er sonst die Bestimmung des § 81 I viel allgemeiner hätte formulieren können. Auch wäre in diesem Falle der Auffangtatbestand der "ähnlichen" Bestimmungen wohl überflüssig gewesen. Dies wird insbesondere am Beispiel der "politischen" Tendenz klar, denn bei einer allzu weiten Ausdehnung des Begriffes würden nahezu alle übrigen im Gesetz aufgezählten Tendenzen mitumfaßt werden, da man ja auch von "Erziehungspolitik" etc. spricht (vgl. hierzu auch unten § 2 A I a aa)¹⁾.

a.) Die *p o l i t i s c h e* Zweckbestimmung.

aa.) Parteipolitische Ziele als politische Tendenz im engeren Sinne.

Hier kommen zunächst solche Unternehmen in Frage, die *u n -*

1) Vgl. Heihoff, Diss. S. 24; a.A. Dietz, BetrVG § 81 Anm. 6, der für eine möglichst weite Auslegung ist.

m i t t e l b a r ¹⁾ einem parteipolitischen Ziele dienen, nämlich der unmittelbaren Einflußnahme auf die Staatslenkung durch die demokratische Volksvertretung²⁾.

Hierher gehören z.B. die Büros und Geschäftsstellen der politischen Parteien ohne Rücksicht darauf, ob es sich um Verwaltungseinrichtungen der Zentrale, bezirklicher oder örtlicher Untergliederungen handelt. Politisch zweckbestimmt sind auch die von den politischen Parteien getragenen Einrichtungen, die u n - m i t t e l b a r den Parteizielen dienen, wie z.B. die Betriebe der Jugendorganisationen, Informationsbüros und schließlich auch diejenigen Pressebetriebe, die klar erkennbar zu einer politischen Partei gehören oder für eine Partei arbeiten, die eine ausgesprochene "Parteizeitung" herausbringen³⁾.

Hierbei kann nicht entscheidend sein, ob im Kopf der Druckerzeugnisse ausdrücklich auf die Bestrebungen hingewiesen wird. Es kommt auch nicht darauf an, daß der Unternehmer p e r s ö n - l i c h ebenfalls diese politische Richtung vertritt, denn das Gesetz knüpft nicht an die Bestrebungen des Unternehmers als Privatperson an, sondern an die Tendenz d e s U n t e r n e h - m e r s ⁴⁾. Es ist auch nicht erforderlich, daß die Zeitung das Programm einer ganz bestimmten politischen Partei offen oder zumindest erkennbar vertritt. Vielmehr muß es genügen, wenn sie in ihrer allgemeinen Grundrichtung "links" oder "rechts" orientiert ist.

Da ferner ein Unternehmen nicht die Eigenschaft eines TBes verliert, wenn es neben der ihm eigentümlichen ideellen Richtung auch noch die von allen übrigen Unternehmen angestrebten wirtschaftlichen Ziele verfolgt, verliert ein Zeitungsbetrieb seine politische Tendenz nicht dadurch, daß der Inseratenteil den lediglich der Parteipolitik gewidmeten Teil an Umfang wesentlich

1) Vgl. Mansfeld, BRG § 67 Anm. 2.

2) Vgl. Heihoff, Diss. S. 25.

3) Vgl. Fitting-Kraegeloh, BetrVG § 81 Anm. 5; Dietz, BetrVG § 81 Anm. 5; Erdmann, BetrVG § 81 Anm. 12; Maurer, AR-Blattei-TB-B II 1 a; Bührig, Handb. der BetrVerf. § 81 Erl. 3.

4) Vgl. Galperin, BetrVG § 81 Anm. 1a und 8.

übertrifft¹⁾. Ist aber keine politische Tendenz mehr erkennbar und die Zeitung nur noch als "erläuterter Katalog" anzusprechen, so ist eine "politische" Tendenz jedenfalls nicht mehr vorhanden². Eine andere Frage ist es, ob dann nicht eine der politischen Tendenz "ähnliche" Tendenz vorliegt. Zu diesem Punkt wird später noch Stellung zu nehmen sein (vgl. Erörterungen unter § 2 A I 1 h).

Für die Beantwortung der Frage, ob ein Zeitungsbetrieb politische Tendenzen verfolgt, ist es auch gleichgültig, ob der Kreis der Leser, an die sich die Zeitung richtet, in der Lage ist, zu irgendwelchen politischen Entscheidungen beizutragen oder nicht. Das Gesetz verlangt in § 81 I nicht eine mit sichtbarem Erfolg verfolgte Tendenz, sondern schützt schon die zu verfolgende Tendenz an sich.

bb.) Politische Ziele im weiteren Sinne.

Es kann heute als allgemeine Meinung angesehen werden, daß der Gesetzgeber "politisch" nicht mit "parteipolitisch" gleichsetzen wollte³⁾. Es war nicht seine Absicht, nur die unmittelbar politischen, die parteipolitischen Tendenzen zu schützen. Vielmehr beabsichtigte er, auch die Unternehmen mit m i t t e l b a r e r politischer Zweckbestimmung unter die Ausnahmenvorschrift fallen zu lassen⁴⁾.

1) Vgl. schon Entscheidung des Rates der Stadt Leipzig (Gewerbeamt) v. 11.11.1921 in NZfAR 1922, 260.

2) So ArbG Frankfurt in BB 1954, 804.

3) Vgl. Dietz, BetrVG § 81 Anm. 6; Galperin, BetrVG § 81 Anm. 6; Fitting-Kraegeloh, BetrVG § 81 Anm. 5; Löffler in NJW 1954, 489; ArbG Frankfurt in BB 54, 804; LAG Freiburg in AP 51 Nr. 38 S. 121; ArbG Hagen in BB 53, 767; LAG Heidelberg in BB 50, 758; Endemann in BlfArbR 1954, 366; Mansfeld, BRG § 67 Anm. 2; LAG Düsseldorf in ArbGeb 1930, 346; Maurer in AR-Blattei-TR-B II 1 a.

4) Die Unterscheidung "unmittelbare" und "mittelbare" politische Zielsetzung geht auf Mansfeld, BRG § 67 Anm. 2 zurück. Vgl. hierzu auch Erdmann, BetrVG § 81 Anm. 5 und Kraegeloh in ZeitVerlg. 1952 Nr. 18 S. 3. Nipperdey in Rvdirlav 1953, 635 hält diese Unterscheidung nur dann für gerechtfertigt, wenn ein Unternehmen mehrere Be-

Hierher gehören alle Unternehmen der Presse, auch soweit es sich nicht um parteipolitische Presseorgane handelt, des Rundfunks und Fernsehens, letztere Unternehmen aber nur, soweit sie nicht als Betriebe der öffentlichen Hand unter § 88 I BetrVG fallen und damit völlig vom Geltungsbereich des BetrVG ausgenommen sind (näheres vgl. unten zu § 2 A I 3 b bb und § 2 E III).

Unternehmen der P r e s s e sind solche, die den Verlag und Vertrieb von Zeitungen (Tageszeitungen und periodisch erscheinenden Zeitungen) und von Zeitschriften zum Gegenstand haben¹⁾. Die maßgebende Erkenntnis ist hier die, daß ein Zeitungsbetrieb nicht erst dann als politisch zweckbestimmt angesehen werden kann, wenn seine Publikationen offen oder erkennbar parteigebunden sind, sondern daß die T ä t i g k e i t eines Zeitungsbetreibers als solche bereits politisch zweckbestimmt ist, denn sie ist in jedem Falle dazu geeignet und bestimmt, die öffentliche Meinung, "die Geistesrichtung und Denkungsart" der Bevölkerung auf dem Gebiete des staatsbürgerlichen Zusammenlebens allein schon durch Art und Auswahl der Berichterstattung in bestimmter Beziehung zu beeinflussen²⁾.

Diese Tendenz aber ist Ausfluß der Pressefreiheit, einem Eckpfeiler demokratischer Staatsauffassung und darf nach dem Willen des Gesetzgebers nicht durch andersgesinnte AN eingeschränkt oder zunichte gemacht werden.

Bei Wochen- und Monatszeitungen, ferner bei sonstigen Magazinen und periodischen Publikationen ist im Einzelfalle zu prüfen, ob sie ihrem Inhalt nach eine oder mehrere der Ziele des § 81 I verfolgen, was überwiegend der Fall sein dürfte. Diese Unternehmen sind aber nicht schon auf Grund der unternehmerischen T ä t i g k e i t als "politische" TBe anzusehen.

Die Geistesrichtung und Denkungsart der Bevölkerung durch Art und Auswahl der Berichterstattung beeinflussen will auch dieje-

triebe hat, von denen einer eine ideelle, der andere eine wirtschaftliche Zielsetzung hat.

1) Vgl. Fitting-Kraegeloh, BetrVG § 81 Anm. 5.

2) Vgl. schon Gewerbebericht Königsberg v. 5.8.1924 in SchlichtW. 1924, 173; Mansfeld, BRG § 67 Anm. 2; Galperin, BetrVG § 81

nige Berichterstattung, die möglichst objektiv und n e u - t r a l zu sein beabsichtigt.

Das Ziel, keine Tendenz im landläufigen, parteipolitischen Sinne zu haben, ist gerade als eine besonders ausgeprägte p o l i t i s c h e Tendenz anzusehen¹⁾.

Diese Auslegung galt bereits zur Zeit des BRG 2o²⁾.

N i p p e r d e y ³⁾ bemerkt hierzu treffend, daß das Bestreben nach politischer Neutralität und Objektivität bei einem Unternehmen gerade in unserem Zeitalter der geistigen Vermassungsversuche als besonders schutzwürdige geistig-ideelle Zielsetzung angesehen werden muß.

Der Unternehmer einer Tageszeitung verfolgt also eine p o l i - t i s c h e Tendenz, ganz gleichgültig, ob er die Ziele einer politischen Partei offen oder zumindest erkennbar vertritt, oder ob er sich bemüht, möglichst objektiv und neutral zu bleiben. Kein Schriftleiter einer derartigen Zeitung kann an den aktuellen Tagesfragen und Ereignissen vorübergehen, gleichgültig, ob es sich um übernationale, nationale oder lokale Angelegenheiten handelt. Er wird also über derartige Ereignisse berichten. In vielen Fällen wird schon in der Art und Weise dieser Berichterstattung eine erkennbare politische Richtung zum Ausdruck kommen. In anderen Fällen wiederum tritt die Tendenz auf Grund des Inhalts der laufend an hervorragender Stelle abgedruckten Leitaufsätze und Kommentare klar zutage.

Anm. 6; LAG Freiburg in AP 51 Nr. 38 S. 119; Heihoff, Diss. S. 27; Endemann in BlfArbR 1954, 366; v. Mauchenheim in ZeitVerlg. 1953, 298.

1) Vgl. Meissinger, BetrVG § 81 Anm. 3; Löffler in NJW 1954, 491; LAG Freiburg in AP 51 Nr. 38 S. 121; ArbG Heidelberg in BB 50, 758; Dietz, BetrVG § 81 Anm. 7; Nipperdey in Rivdirlav 1953, 636; Kraegeloh in ZeitVerlg. 1952 Nr. 18 S. 3; Endemann in BlfArbR 1954, 366; Fitting-Kraegeloh, BetrVG § 81 Anm. 5; Galperin BetrVG § 81 Anm. 5 und 6.

2) Vgl. Mansfeld, BRG § 67 Anm. 2; Flatow, BRG § 67 Anm. 1; LAG Düsseldorf v. 28.4.1930 in Jahrbuch des ArbR Bd. XI S. 162 zu § 67 BRG 2o.

3) In Rivdirlav 1953, 636.

Ist dies aber alles nicht der Fall, sondern bemüht man sich, abwechselnd alle politischen Richtungen zu Wort kommen zu lassen, selbst aber keinerlei Stellung zu beziehen, vielmehr lediglich objektiv und neutral Bericht zu erstatten, so ist die politische Tendenz darin zu erblicken, daß die Zeitung in jedem Falle der Unterrichtung und Willensbildung auf dem Gebiete des staatsbürgerlichen Zusammenlebens dienen will und in dieser Richtung auch einen maßgebenden Einfluß ausübt. Die Aufgabe der öffentlichen Meinungsbildung, der ja eine gewissenhafte und möglichst lückenlose Berichterstattung vorausgehen muß, ist gerade im demokratischen Staatssystem eine eminent politische Aufgabe. Tagespresse, Rundfunk und Fernsehen sind hervorragende Träger dieser Aufgabe¹⁾.

In einzelnen Fällen können auch Unternehmen der Filmproduktion, des Filmverleihs, Theaterunternehmen und Kabaretts politischen Zwecken dienen²⁾.

Schließlich besteht auch die Möglichkeit, daß Illustrierte Zeitschriften und Witzblätter politisch orientiert sind.

cc.) Abgrenzung zwischen einer "politischen" Tendenz und einer dieser Tendenz "ähnlichen" Zweckbestimmung.

In Literatur und Rechtsprechung wird die Meinung vertreten - allerdings ohne nähere Begründung -, daß zu den "politischen" Tendenzen auch die wirtschafts-, sozial-, kultur-, kunst-, geopolitischen etc Zweckbestimmungen gehören³⁾.

Andererseits sind aber auch bereits Stimmen laut geworden, die derartige Richtungen nicht als "politische" Tendenz i.S. des § 81 I ansehen wollen, obwohl - ihrer Meinung nach - diese Bestrebungen durchaus noch als "Politik" im weiten Sinne, also als Beschäftigung mit öffentlichen Dingen, aufgefaßt werden könnten⁴⁾.

1) Vgl. LAG Freiburg in AP 51 Nr. 38 S. 121.

2) Vgl. Maurer in AR-Blattei-TB-B II 1 a.

3) Vgl. ArbG Frankfurt in BB 54, 804; Endemann in BlfArbR 1954, 366; Dietz, BetrVG, § 81 Anm. 6; Maurer in AR-Blattei-TB-B II 1 a.

4) Vgl. Heihoff, Diss. S. 26.

Nach dieser Meinung sind derartige Tendenzen als "ähnliche" Bestimmungen i.S. des § 81 I anzusehen.

Zu diesen beiden Meinungen ist folgendes auszuführen:

Es kann eine geistig-ideelle Richtung nicht deshalb allein zur "politischen" Tendenz i.S. des § 81 I werden, weil der Sprachgebrauch dann, wenn er sich mit dieser Geistesrichtung befaßt, auch den Ausdruck "Politik" verwendet (z.B. Wirtschafts-, Sozial-, Kultur-, Kunst-, Erziehungspolitik etc.). Zu diesem Ergebnis kann man nur dann kommen, wenn man den Begriff "politisch" in § 81 I gleichsetzt mit "Beeinflussung der öffentlichen Meinung", denn dann haben alle Unternehmen, die eine der im § 81 I außer der "politischen" Richtung aufgezählten Zielsetzungen auszuweisen haben, ebenfalls eine "politische" Zweckbestimmung, da sie, jedenfalls auf ihrem speziellen Gebiet, durchaus bestrebt sind, die öffentliche Meinung zu beeinflussen. Dies kann aber nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen sein, denn sonst hätte er sich die Aufzählung aller neben der "politischen" Richtung aufgeführten Tendenzen im § 81 I ersparen können.

Ein Unternehmen, das einer bestimmten künstlerischen Zielsetzung dient, (z.B. der Förderung und Verbreitung moderner Malerei), betreibt "Kunstpolitik" im landläufigen Sinne. Nach dem Willen des Gesetzgebers ist es aber nicht als "politischer", sondern als "künstlerischer" TB anzusehen. Eine Privatschule, die ein bestimmtes erzieherisches Programm hat, ist "erziehungspolitisch" tätig. Diese Schule ist deshalb aber kein "politischer" sondern ein "erzieherischer" TB.

Die Situation ist jedoch in dem Augenblick eine andere, in dem derartige Einrichtungen sich unmittelbar in den Dienst der P a r t e i p o l i t i k stellen, denn dann dienen sie "politischen" Bestrebungen und sind demzufolge auch als "politische" TB i.S. des § 81 I anzusehen.

Anders ausgedrückt: Solange in einem Unternehmen der Kunst und Erziehung "in eigener Regie" gedient wird, handelt es sich nicht um einen "politischen" TB (nur weil der allgemeine Sprachgebrauch auch hier den Ausdruck "Politik" verwendet), sondern um einen "künstlerischen", bzw. "erzieherischen" TB.

Nur dann, wenn Kunst und Erziehung nicht i h r e r s e l b s t w i l l e n betrieben, sondern in den Dienst der Parteipolitik

("Politik" im engeren Sinne) gestellt werden, dient das Unternehmen einer "politischen" Tendenz i.S. des § 81 I. In keinem Falle kommt es für die Frage, ob ein TB i.S. des § 81 I vorliegt und welche der im Gesetz aufgezählten Tendenzen anzunehmen ist, **a l l e i n** auf die in der Einweihung oder Widmung derartiger Einrichtungen zum Ausdruck gekommene Zweckbestimmung an. Dies können immer nur Indizien sein. Entscheidend ist vielmehr auch hier die einem außenstehenden, objektiven Betrachter **t a t s ä c h l i c h** erkennbare Zielsetzung des Unternehmens.

Es besteht auch keinerlei Veranlassung, den Begriff "politisch" ins Uferlose auszudehnen, da der Begriff der "ähnlichen" Bestimmungen es ohne weiteres ermöglicht, Unternehmen mit ebenfalls geistig-ideeller Zielsetzung, die man nicht mehr als "politische" TBe ansehen kann und deren Ziele auch nicht unter die übrigen Tendenzen des § 81 I einzureihen sind, im gleichen Umfange den Schutz des § 81 I angedeihen zu lassen. Es besteht demnach auch bei einer "wirtschaftspolitischen" Zielsetzung keine Notwendigkeit, diese als "politische" Tendenz aufzufassen, da jedenfalls eine "ähnliche" Zweckbestimmung vorliegen dürfte.

Die hier abgelehnte Ansicht, wirtschafts-, sozial-, geopolitische etc. Tendenzen seien ebenfalls "politische" Bestimmungen i.S. des § 81 I, mag zum Teil darauf beruhen, daß nahezu alle namhaften politischen Parteien heute ein bestimmtes Wirtschafts-, Sozial- oder Kulturprogramm aufgestellt haben und mittels besonderer Einrichtungen auch in der Praxis durchzusetzen versuchen. Derartige Unternehmen sind richtigerweise als "politische" TBe anzusehen, denn alle Bestrebungen auf diesen Gebieten stehen letztlich im Dienste der Parteipolitik, mögen sie nach außen hin auch noch so gut "getarnt" sein.

Hiervon sind aber diejenigen Fälle streng zu unterscheiden, in denen derartige "Programme" durch unabhängige Unternehmen ihrer selbst willen verfolgt werden. Solche Bestrebungen sind dann keineswegs als "politisch" i.S. des § 81 I anzusehen, vielmehr sind sie entweder unter die übrigen im Gesetz aufgezählten Tendenzen einzureihen, oder sie fallen unter die "ähnlichen" Zweckbestimmungen des § 81 I.

dd.) Zusammenfassung.

"Politisch" i.S. des § 81 I BetrVG ist nicht jede Richtung, die sich mit öffentlichen Dingen beschäftigt oder irgendwie auf die öffentliche Meinung einzuwirken bestrebt ist, andererseits aber auch nicht nur die parteipolitische Tätigkeit. Vielmehr sind es alle diejenigen Bestrebungen, die die Willensbildung auf dem Gebiet des s t a a t s b ü r g e r l i c h e n Zusammenlebens nach einer bestimmten Richtung beeinflussen wollen, sei es auch lediglich in Richtung auf Objektivität und Neutralität. Hierzu gehört neben der unmittelbaren parteipolitischen Tätigkeit das Wirken der gesamten Tagespresse, des Rundfunks und Fernsehens, soweit es von Privatunternehmen ausgeht. Bei Wochen- und Monatszeitschriften oder bei Magazinen kommt es auf den Inhalt im Einzelfalle an.

Verfolgt jedoch ein selbständiges Unternehmen, das nicht im Dienste einer politischen Partei steht, ein e i g e n e s Programm in wirtschaftlicher, sozialer, kultureller, erzieherischer, künstlerischer etc. Richtung, so dient es keiner "politischen" Tendenz, sondern einer jeweils im Gesetz noch n e b e n der politischen Bestimmung aufgezählten Zielsetzung oder aber einer diesen Zielsetzungen "ähnlichen" Richtung geistig-ideeller Art.

b.) Die g e w e r k s c h a f t l i c h e Zweckbestimmung.

aa.) Was versteht der Gesetzgeber unter einer "gewerkschaftlichen" Zweckbestimmung?

Es gibt keine Legaldefinition des Begriffes "Gewerkschaft", obwohl er in verschiedenen Gesetzesbestimmungen genannt bzw. vorausgesetzt wird, so z.B. in § 11 II ArbGG, §§ 1, 2 und 3 des TVG, § 49 I BetrVG.

Für die rechtliche Bestimmung ist daher die bisherige geschichtliche und sozialpolitische Entwicklung maßgebend.

Unter einer "Gewerkschaft" verstand und versteht man bei uns in Deutschland in der Regel einen nach Berufsgruppen organisierten Zusammenschluß von ANn (Arbeitern und Angestellten), meist in der Form eines nicht-rechtsfähigen Vereins, mit dem Ziele, die Interessen der Arbeitnehmerschaft zu vertreten¹⁾.

In Literatur und Rechtsprechung gehen die Meinungen darüber auseinander, wann ein Zusammenschluß auf der AN-seite als "Gewerkschaft" anzusehen ist und ob der Begriff für alle Rechtsgebiete gleichen Inhalt hat²⁾.

Nach der einen Meinung setzt der Gewerkschaftsbegriff **T a - r i f f f ä h i g k e i t** und **A r b e i t s k a m p f b e - r e i t s c h a f t** voraus³⁾.

Dieser Meinung hat sich auch das BAG angeschlossen⁴⁾ wenn es unter Hinweis auf die §§ 1, 3 TVG ausführt, daß eine AN-koalition nur dann als "Gewerkschaft" i.S. der arbeitsrechtlichen Vorschriften angesehen werden kann, wenn sie **t a r i f f f ä h i g** ist. Das sei dann der Fall, wenn sie es zu ihren Aufgaben zählt, Arbeitsbedingungen zu regeln, Tarifverträge abzuschließen und wenn sie die Schlichtung - und als ultimo ratio auch den Arbeitskampf - zur Herbeiführung von Tarifverträgen anerkennt. Das BAG stellt sich in der zitierten Entscheidung auf den Standpunkt, daß der Begriff der "Gewerkschaft" in der gesamten arbeitsrechtlichen Gesetzgebung ein einheitlicher sein muß, daß der Begriff

1) Vgl. Schnorr v. Carolsfeld, ArbR S. 96, 97; Bobrowski, ArbR S. 398, 399; Huber, WirtschaftsVwR II S. 363; Nikisch, ArbR 55 S. 69; In dem 1949 als Spitzenverband gegründeten "Deutschen Gewerkschafts Bund" sind 16 Einheitsgewerkschaften vereinigt. Nach seiner Satzung verfolgt der DGB die gemeinsamen Interessen der AN auf allen Gebieten, besonders in der Wirtschafts-, Sozial- und Kulturpolitik.

2) Der Streit entzündete sich an der Frage, ob die Beamtenverbände - für die kraft Gesetzes Tarifvertrag und Arbeitskampf ausscheiden - als "Gewerkschaften" gelten können.

3) Vgl. Hueck-Nipperdey, TVG § 2 Anm. 10-38; LAG Berlin in AP 52 Nr. 122; ArbG Stade in BB 1953, 235.

4) BAG in AP 56 Nr. 11 zu § 11 ArbGG = NJW 1956, 1332; Galperin, BetrVG § 2 Anm. 5.

also sowohl im Tarifrecht als auch in der Arbeitsgerichtsbarkeit und im Betriebsverfassungsrecht in dem eben angeführten Sinne verstanden werden muß.

Demgegenüber wird die Ansicht vertreten, daß alle Organisationen auf der AN-seite zur Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen der AN als "Gewerkschaften" anzusehen seien, ohne Rücksicht auf ihre Tariffähigkeit oder Streikwilligkeit¹⁾.

Vor allen Dingen sei auch der zum Tarifrecht entwickelte Gewerkschaftsbegriff nicht notwendig auf alle übrigen Rechtsgebiete gleichermaßen anwendbar (z.B. im Rahmen des Art. 35 BV), vielmehr sei die Frage, ob ein Zusammenschluß auf der AN-seite eine "Gewerkschaft" ist, aus dem Sinn und Zweck der jeweiligen Gesetzesnorm zu entwickeln²⁾.

Im Rahmen dieser Untersuchungen braucht auf diesen Meinungsstreit nicht näher eingegangen zu werden. Es ist lediglich zu klären, ob die verschiedenen Auffassungen Einfluß haben auf den Begriff der "gewerkschaftlichen" Zweckbestimmung i.S. des § 81 I BetrVG.

Dies ist zu verneinen.

Sieht man j e d e AN-Organisation als "Gewerkschaft" an, so entstehen keine Schwierigkeiten, denn dann sind alle Unternehmen dieser Organisationen - soweit sie deren Ziele verfolgen - ohne weiteres "gewerkschaftliche" TBe gem. § 81 I. Folgt man der zuerst angeführten Meinung, so entsteht folgendes Problem: Kann eine nach den vom BAG entwickelten Grundsätzen tarifunfähige Koalition, die ja demzufolge keine "Gewerkschaft" i.S. des Arbeitsrechts ist, gleichwohl ein Unternehmen mit "gewerkschaftlicher" Zielsetzung betreiben?

Oder am konkreten Fall: Könnte der nach dem BAG-Urteil tarifunfähige "Allgemeine Beamtenschutzbund e.V." eine eigene Zeitung

1) So BayVerfGH in GVBl. 1955, 132, 136; ferner Nikisch, ArbR 51 S. 295, 296; Huber, WirtschaftsVwR II S. 375, 376, 445; teilweise auch Dietz, BetrVG § 2 Anm. 2-9; Bobrowski, ArbR S. 567.

2) Vgl. Schnorr v. Carolsfeld, ArbR S. 98 unter Hinweis auf Gerhard Schnorr in RdA 1953, 377; Dietz-Nikisch, ArbGG § 10 Anm. 35.

herausgeben, in eigenen Verwaltungsbüros eine größere Anzahl von ANn beschäftigen und könnte er sich darn mit der Begründung, er sei Unternehm eines "gewerkschaftlichen" TBes, gegenüber den Beteiligungsrechten andersgesinnter AN auf die Schutzwirkung des § 81 I berufen?

Die Frage wird zu bejahen sein. Wichtig ist es, eine klare Trennung vorzunehmen zwischen dem Tr ä g e r der Tendenz und der T e n d e n z an sich. In § 81 I wird nur die Tendenz an sich geschützt. Natürlich kann dadurch auch der Träger der Tendenz indirekt geschützt sein, nämlich dann, wenn seine eigene, sozusagen "private" Meinung, mit der Tendenz des von ihm betriebenen Unternehmens übereinstimmt. Das wird in den meisten Fällen vorliegen, ist aber nicht zwingende Voraussetzung.

Auf unseren Fall angewandt bedeutet das, daß auch eine tarifunfähige Koalition als Tendenzträger sehr wohl ein Unternehmen mit gewerkschaftlicher Zweckbestimmung betreiben kann. Dieses Ergebnis leuchtet auch sofort ein, wenn man sich vergegenwärtigt, daß ja auch ein Privatmann ein Zeitungsunternehmen aufziehen und in seinen Publikationen weitgehend die AN-interessen vertreten kann. Es ist nach der bereits entwickelten Grundidee des § 81 I offenbar, daß der Gesetzgeber auch in diesen Fällen allein den Schutz der geistig-ideellen Unternehmenstendenz vor Augen hatte.

W e r diese Bestrebungen im Einzelfalle verfolgt, war dem Gesetzgeber hierbei gleichgültig.

b.) Einzelfälle.

Unternehmen mit gewerkschaftlicher Zweckbestimmung waren schon im BRG 2o unter bestimmten Voraussetzungen von den Beteiligungsrechten der AN freigestellt. Gerade an der ausdrücklichen Aufzählung dieser Tendenz sowohl in § 67 BRG 2o als auch im § 81 I BetrVG wird deutlich, daß man auch auf der AN-seite erkannt hat, wie notwendig es ist, die geistig-ideelle Unternehmenstendenz zu schützen, da selbst die Gewerkschaften - als Verfechter eines möglichst weitgehenden Mitbestimmungsrechtes der AN - sich in ihren eigenen Unternehmungen nicht durch andersgesinnte AN be-

hindern lassen wollen¹⁾.

Als "gewerkschaftliche" TBe sind anzusehen:

Die unmittelbaren Verwaltungsstellen der die AN-interessen verfolgenden Verbände von der Zentrale herab bis zu den Ortsvertretungen, ferner auch die von diesen Stellen getragenen sonstigen Einrichtungen wie z.B. Institute, Wohlfahrtseinrichtungen und Schulungsunternehmen. In erster Linie ist hier zu denken an die Verwaltungsstellen des DGB und die von diesem unmittelbar getragenen Institutionen (z.B. Bundesschule, Arbeiterakademien, Wirtschaftswissenschaftliche Institute etc.), sowie an die Schulungsunternehmen einzelner Einheitsgewerkschaften²⁾.

In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, daß es nicht richtig ist, wenn verschiedentlich die Rede davon ist, "die Gewerkschaft" sei ein TB³⁾.

Die Gewerkschaften sind Zusammenschlüsse (meist in der Form nicht-rechtsfähiger Vereine) von ANn mit dem Ziele der Interessenvertretung, wobei sich das einzelne Mitglied bereit erklärt hat, zur Erreichung der gesteckten Ziele ideell und materiell beizutragen. Abgesehen davon, daß ein "Betrieb" oder "Unternehmen" ohne AN nicht denkbar ist, die einzelnen Mitglieder der Gewerkschaften jedoch nicht als deren "Arbeitnehmer" bezeichnet werden können, ist es Aufgabe und Funktion dieser Interessenverbände, die AN-interessen zu vertreten und durchzusetzen und nicht unmittelbar arbeitsrechtliche Zwecke zu verfolgen.

Im Gegensatz zu den von den Gewerkschaften betriebenen Einrichtungen sind also die Gewerkschaften selbst - als Zusammenfassung von Mitgliedern in der Form eines nicht-rechtsfähigen Vereins - auch keine Unternehmen im Sinne des § 81 I BetrVG. Die Problema-

1) Vgl. Heinhoff, Diss. 30.

2) Vgl. Dietz, BetrVG § 81 Anm. 8; Maurer, AR-Blattei-TB II 1 b; Mansfeld, BRG § 67 Anm. 2; Nikisch, ArbR 55 S. 69; Bührig, Handb. der BetrVerf. § 81 Erl. 4.

3) Vgl. IAG Hannover in AP 53 Nr. 68 S. 289; ArbG Göttingen in AP 52 Nr. 2 mit Anm. von Nikisch S. 20.

tik dieser Tendenzschutzbestimmung wird erst dann akut, wenn der Verein zu natürlichen Personen in ein ArbGeb-AN-Verhältnis tritt und die sonstigen Voraussetzungen gegeben sind (vgl. zu § 2 A I 3).

cc.) Unternehmen der Arbeitgeberverbände als
"gewerkschaftliche" Tendenzbetriebe.

In der Literatur wird die Meinung vertreten, daß zu den Unternehmen mit "gewerkschaftlichen" Zielen nicht nur die Unternehmen der AN-zusammenschlüsse gehören, sondern auch die Unternehmen der ArbGeb-verbände, wie z.B. die Verwaltungen der "Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände e.V." und deren 30 Spitzenverbände¹⁾, als maßgebende Stellen zur Wahrung der gemeinsamen sozialpolitischen Interessen der Arbeitgeberschaft, und zwar nicht nur die unmittelbaren Verwaltungsstellen, sondern auch die sonstigen Einrichtungen, wirtschaftspolitischen Interessenverbände und Zusammenschlüsse, soweit sie von den Arbeitgeberverbänden getragen werden oder Arbeitgeberinteressen verfolgen. Als Begründung dieser Ansicht wird angegeben, daß das Gesetz unter Betrieben mit "gewerkschaftlicher" Zweckbestimmung alle Einrichtungen verstehen wollte, die s o z i a l p o l i t i s c h e n Zwecken dienen²⁾, also auch die Einrichtungen auf der ArbGeb-seite.

Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden.

Es ist nicht einzusehen, wieso die Verwaltungen und sonstigen Einrichtungen der ArbGeb-vereinigungen Unternehmen sein sollen, die einer "gewerkschaftlichen" Zweckbestimmung dienen. Diese ArbGeb-vereinigungen, Interessenverbände und Zusammenschlüsse sind eben nicht dazu bestimmt, die Interessen der AN zu vertreten. Sie werden oft gerade mit dem Zweck ins Leben ge-

1) Vgl. Huber, WirtschaftsVwR II S. 364.

2) Vgl. Mansfeld, BRG § 67 Anm. 2; Fitting-Kraegeloh, BetrVG § 81 Anm. 6; Maurer in AR-Blattei-TB-B II 1 b; Dietz, BetrVG § 81 Anm. 8.

rufen, den AN-interessen entgegengesetzte Belange zu vertreten und durchzufechten. Mit dem Wort "Gewerkschaft" verbindet sich unabdingbar der Gedanke an die Wahrnehmung von Arbeitnehmerns Interessen.

Es wird niemandem einfallen, entsprechende Koalitionen auf der ArbGeb-seite "Gewerkschaften" zu nennen. Man ist geradezu versucht zu sagen, die Einrichtungen auf der ArbGeb-seite haben nicht "gewerkschaftliche" sondern "antigewerkschaftliche" Zweckbestimmung.

Die hier abgelehnte Meinung läßt sich auch nicht aus der "Sozialpartnerschaft" rechtfertigen¹⁾, oder daraus, daß der Gesetzgeber mit der "gewerkschaftlichen" Tendenz alle "sozialpolitischen" Bestrebungen gemeint hat.

Man sollte dem Begriff "gewerkschaftlich" keine Gewalt antun. Da der Gesetzgeber keinen neutralen, umfassenderen Ausdruck gewählt hat, muß angenommen werden, daß mit "gewerkschaftlich" nur die Tätigkeit auf der Arbeitnehmenseite gemeint ist²⁾.

Hingegen steht fest, daß derartige Einrichtungen auf der ArbGeb-seite ebenfalls von einer geistig-ideellen Zweckbestimmung getragen werden. Der Gesetzgeber sieht die Interessenzusammenschlüsse sowohl auf der AN-, als auch auf der ArbGeb-seite als gleichberechtigte Sozialpartner an und billigt es, daß jeder dieser Partner die eigenen Interessen vertritt und auch durchzusetzen versucht³⁾.

Diese weitgehende Gleichberechtigung, diese den Sozialpartnern verliehene Rechtsposition, "den Lebensbereich der Arbeit möglichst in Selbstverwaltung ohne staatlichen Zwang⁴⁾ zu gestalten,

1) So Maurer in AR-Blattei-TB-B II 1 b.

2) Vgl. auch § 81 I des BetrVG für das Saarland v. 7.7.1954, in dem ausdrücklich AN- und ArbGeb-Organisationen genannt und aus dem Geltungsbereich des Gesetzes ausgenommen werden.

3) Vgl. BAG in BAGB 1, 164 = NJW 1955, 237.

4) So Schnorr v. Carolsfeld, ArbR S. 43; vgl. auch Bobrowski, ArbR S. 3.

ist ein wesentliches Erfordernis der Sozialstaatlichkeit des Art. 20 I GG, denn nur bei völliger Autonomie der Sozialpartner kann sich die soziale Ordnung im freien Spiel der Kräfte gestalten.

Sogar der Verfassungsgesetzgeber wünscht demnach, daß jede Seite ihre Interessen gleichberechtigt verfolgt und insoweit keine Behinderung eintritt, auch nicht durch ungehinderte Geltendmachung von AN-Beteiligungsrechten.

Nur wenn das allgemeine Interesse es erfordert, also wenn öffentliche Belange im Spiel stehen, soll durch die Setzung allgemeinverbindlicher Normen eingegriffen werden.

Aus diesen Überlegungen folgt, daß dem Gesetzgeber bei der Schaffung des § 81 I BetrVG die Interessenverfolgung auf der ArbGeb-seite genauso schutzwürdig erschien wie die auf der AN-seite. Beide Bestrebungen sind geistig-ideeller Art und sollen durch das Gesetz geschützt werden und zwar die Bestrebungen auf der AN-seite durch das Merkmal "gewerkschaftlich", diejenigen auf der ArbGeb-seite als "ähnliche" Zweckbestimmungen i.S. des Gesetzes¹⁾.

dd.) Grenze der gewerkschaftlichen Zweckbestimmung.

Keine "gewerkschaftlichen" TBe und auch nicht solche mit "ähnlicher" Zielsetzung sind aber selbständige Unternehmen, die nur in wirtschaftlicher Abhängigkeit von den betreffenden Zusammenhängen auf der Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberseite stehen (z.B. Banken, Kaufhäuser, Gaststätten, Hotels, Erholungsheime etc.).

Dies gilt auch für diejenigen Unternehmen, an denen sich AN- und ArbGeb-verbände mit angesammeltem Eigenkapital beteiligen. Diese Unternehmen sind aber nicht deshalb keine TBe, weil sie "v o r - w i e g e n d wirtschaftlichen, nicht aber gewerkschaftlichen"

1) So im Ergebnis wohl auch Heihoff, Diss. S. 31, bei dem allerdings nicht klar ersichtlich ist, ob derartige Unternehmen als "gewerkschaftliche" TBe oder als TBe mit "ähnlicher" Zweckbestimmung anzusehen sind.

bzw. ähnlichen Bestimmungen dienen¹⁾, sondern weil sie den **m a t e r i e l l e n** Interessen der Verbandsmitglieder förderlich sind, nicht aber den geistig-ideellen Belangen der ArbGeb- oder AN-seite²⁾ und weil sie sich von den Unternehmen mit nur wirtschaftlicher Zielsetzung höchstens dadurch unterscheiden, daß sie der einen oder anderen Seite "nahestehen". Das kann aber nicht als ausreichend für das Eingreifen des Tendenzschutzes nach § 81 I angesehen werden. Der § 81 verlangt, daß die Tendenz nach außen hin erkennbar in Erscheinung tritt. Ein der Gewerkschaft nahestehendes Unternehmen oder auch ein solches Unternehmen, an dem die Gewerkschaft kapitalmäßig beteiligt ist, muß noch lange nicht gewerkschaftliche Ziele verfolgen³⁾. Vielmehr ist stets erforderlich, daß dem außenstehenden, objektiven Betrachter die **U n t e r o r d n u n g** des Gesamtunternehmens unter die gewerkschaftlichen Ziele (vgl. "dienen" im § 81 I) erkennbar ist.

Dasselbe hat für die Unternehmen der Konsumvereine und Konsumgenossenschaften zu gelten⁴⁾. Der eigentliche Zweck und die Aufgabe derartiger Unternehmen mögen sich letzten Endes wohl mit den Interessen der AN decken, trotzdem dienen sie nicht "gewerkschaftlichen" Zielen. In erster Linie sind diese Vereinigungen bestrebt, **w i r t s c h a f t l i c h e** Belange ihrer Mitglieder durch Gewährung von Vergünstigungen zu wahren. An diesem Ergebnis wird auch dadurch nichts geändert, daß gleichzeitig über den Mitgliederkreis hinaus einer breiten Bevölkerungsschicht Konsumgüter des täglichen Bedarfs möglichst preisgünstig angeboten werden. Auch ist es ohne Belang, wenn die bevollmächtigten Vertreter derartiger Unternehmen nach irgendeiner Richtung politisch gebunden sind, da es im Rahmen des § 81 I letztlich nicht entscheidend auf die Tendenz der **F ü h r u n g** ankommt, sondern auf die nach außen erkennbare Zielsetzung **d e s U n t e r -**

1) So Heihoff, Diss. S.31.

2) Vgl. Maurer, AR-Blattei-TB-B II 1 b.

3) Vgl. Bührig, Handb.der BetrVerf. § 81 Erl. 4.

4) Vgl. Mansfeld, BRG § 67 Anm. 2; Galperin, BetrVG § 81 Anm. 3; Dietz, BetrVG § 81 Anm. 8.

n e h m e n s (vgl. Erörterungen unten zu § 2 A II 2).

c.) Die k o n f e s s i o n e l l e Bestimmung.

"Konfessionellen" Zwecken dienen alle kirchlichen oder bekenntnismäßig beeinflussten Einrichtungen, wie z.B. Zeitschriften oder sonstige Publikationen mit religiös-erbaulichem Inhalt und seelsorgerischem Charakter¹⁾.

Hierbei ist zu beachten, daß § 81 I nicht nur an die staatlich anerkannten religiösen Hauptbekenntnisse denkt, sondern an alle Bekenntnisgemeinschaften, wenn sie ihrer Größe und Anhängerschaft nach bestimmt genug umrissen werden können²⁾.

Geschützt wird demnach jede Richtung, die sich zu irgendeiner Form von Religion bekennt, jede transzendente Zweckbestimmung, gleichgültig, ob sie innerhalb der staatlichen Gemeinschaft Anerkennung gefunden hat oder nicht. "Konfessionelle" Zweckbestimmung haben daher die Unternehmen und Einrichtungen der Sekten und Nebenorganisationen der Konfessionen, wie z.B. der Orden der katholischen Kirche, der jüdischen Gemeinden, Quäker, Baptisten, Bibelforscher, der katholischen und evangelischen Bruderschaften zur religiösen Ausrichtung des persönlichen Lebens, der katholischen Frauen-, Jugend- und anderer Verbände, der Missionen, der konfessionellen wissenschaftlichen Institute und Bibelgesellschaften etc.³⁾.

Als "konfessionell" zweckbestimmt anzusehen sind ferner derartige Unternehmen, bei denen auch nach außen hin für den objektiven Betrachter erkennbar der i n n e r e Zusammenhang zwischen dem Unternehmen und der Religionsgemeinschaft und damit die konfessionelle Tendenz zutage tritt, denn nur dann d i e n t das Unternehmen einem konfessionellen Ziele. Diese Voraussetzungen dürften vorliegen bei konfessionellen Zusammenschlüssen wie dem

1) Vgl. Galperin, BetrVG § 81 Anm. 3; Engler, BRG Hess. § 32 Anm. 2.

2) Vgl. Heihoff, Diss. S. 32.

3) Vgl. Maurer, AR-Blattei-TB-B II 1 c.

CVJM und den Kolpingsvereinen.

Ein wesentliches Kriterium für das Vorliegen eines in dieser Richtung tendenzbestimmten Unternehmens dürfte die Frage sein, inwieweit das konfessionelle Ziel selbst zum Wesen und inneren Ordnungsgefüge geworden ist. Ein lediglich konfessioneller oder kirchlicher Einfluß genügt nicht¹⁾.

Zu beachten ist, daß die bei uns anerkannten Religionsgemeinschaften selbst ihrer Natur nach weder als "Betriebe" noch als "Unternehmen" betrachtet werden können, da sie nichts weiter sind, als Zusammenschlüsse von Menschen gleichen Glaubensbekenntnisses zur Verwirklichung einer aufs Jenseits gerichteten Zielsetzung, mögen die von ihnen betriebenen Einrichtungen noch so sehr "erdgebunden" sein. Ihre Mitglieder können, genau wie die Mitglieder von politischen Parteien und Gewerkschaften nicht als "Arbeitnehmer" im arbeitsrechtlichen Sinne bezeichnet werden²⁾. Die Tendenzschutzbestimmung des § 81 I gewinnt daher erst dann Bedeutung, wenn derartige Zusammenschlüsse von Glaubensgenossen zu natürlichen Personen in ein ArbGeb-AN-verhältnis treten und die sonstigen Voraussetzungen gegeben sind (vgl. unten § 2 A I 3, insbesondere Verneinung des § 81 II BetrVG).

Die völlige Freistellung der Religionsgemeinschaften von allen betriebsverfassungsrechtlichen Beschränkungen - also gerade von solchen, die aus der Einbeziehung dieser Gemeinschaften in den arbeitsrechtlichen Betriebs- oder Unternehmensbegriff resultieren können - entspricht auch sowohl dem Wunsche des Verfassungsgesetzgebers (Art. 4 II, 140 GG i.V.m. Art. 137 RV), als auch dem Willen des einfachen Gesetzgebers (§ 81 II BetrVG, § 96 PerVG).

Es können aber diese Religionsgemeinschaften Einrichtungen betreiben oder Organisationen bilden, die sich nach außen hin keineswegs von einem Betrieb oder Unternehmen unterscheiden, bei denen aber doch eine i n n e r e Beziehung zur Religionsgemeinschaft festzustellen ist. Diese Unternehmen sind dann "kon-

1) Vgl. Dietz, BetrVG § 81 Anm. 9.

2) Vgl. auch Röhling, Diss. S. 171.

beiden aufgezeigten Grundrichtungen zu völlig verschiedenen Ergebnissen gelangen, müssen die Beratungen dahin gehen, eine befriedigende und praktikable Lösung zu finden.

Die zuerst erwähnte "Methode des vergleichenden Abwägens" berücksichtigt die Tatsache nicht genügend, daß der Gesetzgeber bei der Schaffung des Tendenzschutzes innerhalb der Betriebsverfassung keineswegs nur die Betriebe erfassen wollte, die "in ihrem überwiegenden Teil" oder "im wesentlichen" tendenzbestimmte Ziele verfolgen. Zwar machte der Entwurf der Bundesregierung "eines Gesetzes über die Neuordnung der Beziehungen von Arbeitnehmern und Arbeitgebern in den Betrieben (BetrVG) vom 31.10.1950¹⁾ in seinem § 98 I das Eingreifen eines Tendenzschutzes noch davon abhängig, daß der Betrieb "im wesentlichen" den angeführten Tendenzen dient, und selbst in der Begründung des "Entwurfes eines Betriebsverfassungsgesetzes in der Fassung der Beschlüsse der Ausschüsse für Arbeit und für Wirtschaftspolitik vom 8.7.1952", als der § 81 bereits in seiner heute geltenden Form formuliert war, wurde in der offiziellen Begründung²⁾ noch ausgeführt, daß unter den in § 81 I aufgeführten TBen solche zu verstehen seien, die "überwiegend" den aufgezählten Zielen dienen. Schließlich hat sich auch die parlamentarische Opposition im 1. Bundestag bis zum Schluß darum bemüht, daß dieses gewichtige Wörtchen "überwiegend" oder "im wesentlichen" noch in das Gesetz aufgenommen wird und daß § 81 I BetrVG - ähnlich dem § 32 II Hess BRG - dahin ergänzt wird, daß ein Betrieb, der "in der Hauptsache" auf einen Erwerbszweck gerichtet ist, nicht als TB gelten soll³⁾. Dieser Änderungsantrag wurde jedoch von der parlamentarischen Mehrheit abgelehnt. Daraus folgt, daß der Gesetzgeber bei der Verabschiedung dieser Bestimmung nicht nur die Unternehmen erfassen wollte, die in ihrem überwiegenden Teil tendenzbestimmt sind, denn sonst hätte der Änderungsantrag der Opposition keine derart eindeutige Ablehnung erfahren⁴⁾.

1) BT, 1. WP 1949, Drucksache Nr. 1546 S. 32.

2) BT, 1. WP 1949, Drucksache Nr. 3585 S. 18 und 35.

3) BT, 1. WP 1949, 225. Sitzung v. 17.7.1952, Abg. Dr. Preller zum Änderungsantrag der SPD, Sten. Ber. S. 10085.

4) Vgl. BT, 1. WP 1949, 225. Sitzung v. 17.7.1952, Abg. Dr. Vogel (CDU) zum Änderungsantrag der SPD, Sten. Ber. S. 10086.

Angesichts dieser klaren Sachlage ist es auch fruchtlos, Erörterungen darüber anzustellen, ob es *zweckmäßig* gewesen wäre, eine derartige Einschränkung in das Gesetz aufzunehmen. Der Wille des Gesetzgebers geht dahin, daß es bei der Frage, wann ein Mischbetrieb ein TB i. S. des § 81 I ist, nicht darauf ankommen soll, ob der tendenzbestimmte oder der tendenzfreie Teil innerhalb des Gesamtunternehmens überwiegt¹⁾.

Alle Theorien, die das Problem der Mischbetriebe im Wege der quantitativen Abwägung lösen wollen - durch Bestimmung der Intensität, des Umfangs oder durch Messung der wirtschaftlichen Kraft der Tendenz - begehen den Fehler, daß sie eine gesetzliche Bestimmung entgegen dem erkennbar zutage getretenen Willen des Gesetzgebers auszulegen versuchen. Dieser Irrtum wird noch dadurch begünstigt, daß nahezu alle gesetzlichen Vorläufer des § 81 I BetrVG auch hinsichtlich der *wirtschaftlichen AN-Beteiligungsrechte* die Einschränkung der Tendenzbedingtheit der Einzelmaßnahme aufstellten, während im § 81 I 1 diese Einschränkung weggelassen wurde, so daß insoweit nun keinerlei konkrete Feststellungen mehr zu treffen sind hinsichtlich der Tendenzbedingtheit, vielmehr bei Bejahung der Eigenschaften eines TBs diese wirtschaftlichen Beteiligungsrechte in ihrer Gesamtheit kraft Gesetzes wegfallen.

Die irrige Methode des quantitativen Abwägens beruht auch auf einer Unterbewertung der durch den § 81 I geschützten Rechtsgüter²⁾ und einer Verkennung des eigentlichen Zweckes dieses gesetzlichen Ausnahmetatbestandes. Sinn und Zweck dieser Vorschrift ist es, solche geistig-ideellen Richtungen, die in einem Unternehmen ihren erkennbaren Niederschlag gefunden haben, auch auf Kosten der sozialen Forderung der AN zu schützen. Den ANn soll es verwehrt sein, durch die ungehinderte Geltendmachung ihrer gesetzlichen Beteiligungsrechte diese besonderen Zielsetzungen zu hemmen oder zu vereiteln³⁾.

1) Vgl. schon Stier-Somlo, BRG § 67 Anm. 2; ferner Nipperdey in Rvdirlav 1953, 634; Hueck-Nipperdey, ArbR II S. 706.

2) Vgl. Löffler in NJW 1954, 492; Endemann in BlfArbR 1954, 367; Arras in RdA 1954, 460.

3) Vgl. schon Goerring in ArbGeb 1921, 376.

Der Gesetzgeber wollte also der dem Unternehmen einmal gesetzte geistig-ideellen Tendenz klar ersichtlich eine V o r r a n g - s t e l l u n g einräumen gegenüber den AN-Beteiligungsrechten. Diese Vorrangstellung ist auch nicht etwa eine willkürliche, sie ergibt sich vielmehr zwingend aus der Erkenntnis, daß alle in § 81 I geschützten Tendenzen letztlich Ausdruck der geistigen M e i n u n g s f r e i h e i t sind. Den unbedingten und kompromißlosen Schutz dieser Meinungsfreiheit fordern schon die im GG festgelegten Grundrechte der Art. 2 I, 4 I, 5 I S. 1, 5 I S. 2, 5 III¹⁾. Unter den zuwiderlaufenden Interessen, die diese verfassungsmäßigen Freiheiten evtl. einschränken können, ist ein irgendwie geartetes Beteiligungsrecht der AN im GG nicht genannt. Da im BetrVG von einer derartigen Einschränkung auch nicht die Rede ist, muß davon ausgegangen werden, daß die verfassungsmäßigen Grundfreiheiten auch dem Unternehmer zugute kommen sollen, wenn er auf Grund freien Willensentschlusses seinem Unternehmen eine bestimmte geistig-ideelle Richtung gibt. Den Schutz dieser Tendenz soll der § 81 I übernehmen.

Es geht also letzten Endes um den Schutz und die Behauptung verfassungsmäßig garantierter GRe²⁾. Da das Rechtsgut "Meinungsfreiheit" von vornherein als höherrangig gegenüber dem Rechtsgut "Beteiligungsrechte der AN" anzusehen ist, muß eine vergleichende Abwägung beider Rechtsgüter als vom Gesetzgeber nicht gewollt angesehen werden (zur Ergänzung vgl. Erörterungen unten zu § 3 R I 2 b).

Schließlich erscheint als Erklärung für die hier abgelehnte Methode des quantitativen Abwägens auch noch die fälschliche Anknüpfung an den Begriff "Betrieb" im herkömmlichen Sinne. Stellt man sich z.B. ein größeres Unternehmen vor mit mehreren Geschäftszweigen, Abteilungen oder Betrieben, und es verfolgen e i n i g e dieser Unternehmensteile - die isoliert betrachtet völlig selbständig erscheinen mögen - Tendenzen des § 81 I, wäh-

1) Vgl. BAG in AP 55 Nr. 1 zu § 81 BetrVG.

2) Galperin in Börserblatt 1953, 177 sagt: "... mit der Tendenz wird somit im Grunde die Freiheit der geistigen Entfaltung der ideelle Zwecke verfolgenden Unternehmerpersönlichkeit i.S. des Art. 2 GG gewährleistet"; ferner Arras in BB 1953, 63 und RdA 1954, 459, der von dem "Primat der Grundrechte" spricht; vgl. auch Löffler in NJW 1954, 492; Hueck-Nipperdey, ArbR II S 706.

rend die übrigen Teile ausschließlich materiell zweckbestimmt sind, so liegt die Versuchung sehr nahe, bei der Beurteilung, ob das Gesamtunternehmen ein TB i.S. des § 81 I ist, die mehr oder weniger selbständigen Unternehmensteile (Betriebe) in den Mittelpunkt der Betrachtungen zu rücken und das wirtschaftliche Gewicht der tendenzbestimmten mit dem der tendenzfreien Betriebe vergleichend abzuwägen.

Nach dem Ergebnis der bisherigen Untersuchungen ist dieser Weg aber falsch. Man kommt erst garnicht in die Versuchung ihn zu beschreiten, wenn man erkannt hat, daß es für die Frage, ob der Tendenzschutz des § 81 I eingreift, stets auf den u n t e r - n e h m e r i s c h e n, letzten Zweck und nicht auf den unmittelbaren, arbeitstechnischen, b e t r i e b l i c h e n Zweck ankommt (vgl. auch Ausführungen oben zu § 1 B). Dann aber muß die Frage, ob der Sonderfall eines TBes vorliegt, vom Gesamtunternehmen her beurteilt werden, auch wenn die Tendenz nur in irgendeinem Teilbetrieb oder Unternehmenszweig hervortritt. Dann muß man zu dem Ergebnis kommen, daß die geistig-ideelle Tendenz gleichermaßen bedroht ist, gleichgültig, ob sie nun mit der ganzen Kapazität und dem technischen und wirtschaftlichen Apparat des Gesamtunternehmens verfolgt wird, oder lediglich mit einem Unternehmensteil. In beiden Fällen ist das Eingreifen des Tendenzschutzes erforderlich, und es darf nicht darauf ankommen, ob der Tendenzanteil innerhalb des Gesamtunternehmens von überragender Bedeutung ist oder nicht, ob er - je nach der Höhe des Umsatzes oder der Zahl der beschäftigten AN- überwiegt oder ob die Verwirklichung der geistig-ideellen Zielsetzung "ureigenste Aufgabe" des Unternehmens ist.

Die Auslegung des § 81 I dahingehend, daß ein TB auch dann anzunehmen ist, wenn innerhalb eines Gesamtunternehmens die schutzwürdige Tendenz nur in einem Teil zutage tritt, beschreitet auch kein Neuland. So weist A r r a s¹⁾ zutreffend darauf hin, daß sie Parallelen in verschiedenen vergleichbaren Gesetzesbestimmungen hat. Es muß z.B. in § 1 UnlWettbG nach h.M. die Handlung auch

1) In RdA 1954, 460.

nicht "vornehmlich" oder "überwiegend" zu Wettbewerbszwecken erfolgen. Es genügt vielmehr, wenn diese Zwecke a u c h verfolgt werden. Im § 193 StGB bleibt der Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen auch dann bestehen, wenn nebenbei noch andere Zwecke verfolgt werden. Bei diesen Bestimmungen aus anderen Rechtsgebieten fordern Sinn und Zweck ebenfalls eine derartige Auslegung.

Die vereinzelt geäußerte Meinung, diese Auslegung sei überflüssig, da dasselbe Ergebnis schon unmittelbar aus dem Gesetzeswortlaut zu entnehmen ist¹⁾, vermag allerdings nicht zu überzeugen. Diese Ansicht geht nämlich davon aus, daß das Erfordernis der ü b e r w i e g e n d e n Tendenz schon deshalb nicht aufgestellt werden kann, weil der § 81 I nur von " d i e n e n " als dem weiteren und nicht von " v e r f o l g e n " als dem engeren Begriff spricht. "Dienen" könne man einer Tendenz auch dann, wenn nicht das gesamte Unternehmen teilnimmt, während zur "Verfolgung" einer Tendenz das Gesamtunternehmen engagiert sein müsse.

Ganz abgesehen davon, daß es eine nicht sehr glückliche Methode sein dürfte, von isoliert gestellten, leeren Begriffen ausgehend an die Auslegung gesetzlicher Bestimmungen heranzugehen (Wortinterpretation), anstatt den Sinn und Zweck der Vorschrift - unter Berücksichtigung ihrer historischen Entwicklung - in den Mittelpunkt der Betrachtungen zu rücken, erscheint es im hohen Maße fragwürdig, eine derart bedeutungsvolle Auslegung a l l e i n auf rein sprachliche Differenzierungen zwischen "dienen" und "verfolgen" zu stützen. Der Jurist sollte auf Grund zahlreicher gesetzlicher Beispiele aus allen Rechtsgebieten gewarnt sein, den Schlüssel zur Lösung im jeweils gebrauchten Ausdruck an sich zu suchen. Der Gesetzgeber hat schon des öfteren bewiesen, daß er es nicht immer so peinlich genau nimmt mit der deutschen Sprache. Jedenfalls dürfte mit Sicherheit anzunehmen sein, daß der Gesetzgeber bei Erlaß des § 81 I BetrVG nicht an derart ausgeklügelte Unterscheidungen sprachlicher Art gedacht hat.

Es ist also daran festzuhalten, daß im Falle eines Mischbetrie-

1) Vgl. Maurer, AR-Blattei-TB-B II 6.

bes für den Eintritt des Tendenzschutzes nicht eine vergleichende Abwägung des tendenzbestimmten Teils und des tendenzfreien Teils maßgebend sein kann. Vielmehr ist auch bei verhältnismäßig geringem Tendenzanteil am Gesamtunternehmen diese Tendenz ausschlaggebend, um den Gesetzeszweck der ungestörten Verfolgung der Tendenz zu gewährleisten.

Dieses Ergebnis wirft zwangsläufig Bedenken darüber auf, ob eine derart großzügige Anwendung des Tendenzschutzes nicht zu einer unbilligen, vom Gesetzgeber evtl. nicht gewollten Ausweitung des Kreises der TBe und damit zu einer Aushöhlung der im langwierigen und beschwerlichen Ringen erstrittenen AN-Beteiligungsrechte führen muß. In diesem Zusammenhang sind vor allem z w e i Haupteinwendungen zu beachten.

aa.) Ist es bei dieser großzügigen Auslegung dem Unternehmer eines völlig tendenzfreien Unternehmens nicht allzu leicht gemacht, durch "pro-forma Hereinnahme"¹⁾ einer Tendenz des § 81 I die Ausschaltung der wirtschaftlichen AN-Beteiligungsrechte zu erreichen? So könnte z.B. jeder Katalogverlag, jede Formular-druckerei allein zu d i e s e m Zwecke einige Tendenzaufträge (etwa den Druck eines katholischen Sonntagsblattes oder eines wissenschaftlichen Werkes) hereinnehmen und sich dadurch die Sonderstellung des § 81 I erschleichen. Würde es in solchen Fällen des arglistigen Erschleichens des Tendenzschutzes nicht wider Treu und Glauben verstoßen²⁾, wollte man derartigen Unternehmen die Eigenschaft eines TBes zuerkennen?

bb.) Der zweite Einwand geht dahin, daß man auch dann nicht mehr von einem TB sprechen kann, wenn die Tendenz zwar nicht arglistig mit dem Vorsatz der Erschleichung des Tendenzschutzes eingeführt wurde, wenn aber der Tendenzanteil gegenüber der Richtung des Gesamtunternehmens völlig b e d e u t u n g s - l o s ist. Dies sei dann der Fall, wenn dem Tendenzanteil gemessen an der Gesamttätigkeit kein solches Gewicht zukommt, daß man bei objektiver Betrachtung noch sagen kann, das Gesamtunter-

1) Vgl. BT, 225. Sitzung, Abg. Dr. Preller (SPD) zum Änderungsantrag der SPD, Sten. Ber. S. 10086.

2) Vgl. ArbG Frankfurt in BB 1954, 804.

nehmen " d i e n e " dieser Tendenz¹⁾.

Das Eingehen auf diese beiden gewichtigen Argumente ist zugleich eine kritische Stellungnahme zur "Theorie von der absoluten Vorrangstellung der Tendenz", von der Ansicht also, daß selbst die geringste Spur einer geistig-ideellen Richtung innerhalb eines Unternehmens den Tendenzschutz des § 81 I auslöst.

Zu den beiden Einwendungen ist zunächst zu sagen, daß auf dem weiten Feld der s o z i a l e n und p e r s o n e l l e n Angelegenheiten die Befürchtung einer Aushöhlung der AN-Beteiligungsrechte schon wegen des § 81 I 2 nicht so sehr akut sein kann. Hier erfolgt bei Mischbetrieben von selbst ein gewisser Ausgleich. Je geringer nämlich der Umfang der Tendenztätigkeit ist, umso weniger werden die Einzelmaßnahmen des ArbGbs auf dieser Tendenz beruhen, umso seltener also wird die Unternehmens-tendenz einer Geltendmachung der AN-Beteiligungsrechte entgegenstehen²⁾.

Hinsichtlich der w i r t s c h a f t l i c h e n Beteiligungsrechte allerdings fehlt dieser Ausgleich (§ 81 I 1 BetrVG). Es ist allein schon aus diesem Grunde wichtig, klare und allgemein gültige Gesichtspunkte herauszuarbeiten.

Zur o b j e k t i v e n Abgrenzung zwischen TB und Produktionsbetrieb trägt jene Erkenntnis, daß im Falle einer vorsätzlichen Erschleichung des Tendenzschutzes durch "pro-forma Hereinnahme" einer Tendenz die allgemeinen Rechtsgrundsätze von Treu und Glauben und unzulässiger Rechtsausübung es dem Unternehmer verbieten, sich auf die von ihm erschlichenen Wirkungen des § 81 I zu berufen, nichts Entscheidendes bei. Es bleibt nämlich auch weiterhin unklar, ob eine derartige s u b j e k t i v e Absicht bewirken soll, daß vom o b j e k t i v e n

1) Vgl. ArbG Frankfurt in BB 1954, 804; Löffler in NJW 1954, 492; Maurer, AR-Blattei-TB-B II 6; Endemann in BlfArbR 1954, 367, der aber verkennt, daß das ArbG Frankfurt die beiden Einwendungen (pro-forma Hereinnahme einer Tendenz und völlig bedeutungsloser Tendenzanteil) unterscheidet.

2) Vgl. Löffler in NJW 1954, 492; Endemann in BlfArbR 1954, 367; Maurer, AR-Blattei-TB-B II 6.

Standpunkt aus gesehen der Mischbetrieb dann kein TB i.S. des § 81 I ist, oder ob gemäß dem Grundsatz, daß j e d e r Mischbetrieb ein TB sein muß, o b j e k t i v gesehen sehr wohl ein TB vorliegt, es dem Unternehmer aber wegen seines Verstoßes gegen Treu und Glauben verwehrt ist (unzulässige Rechtsausübung), sich auf die Wirkungen des § 81 I zu berufen.

Die Lösung liegt wohl in der Erkenntnis, daß es dem Gesetzgeber im § 81 I weder auf den Schutz bestimmter Unternehmen noch unmittelbar auf den Schutz der persönlichen Weltanschauung des Unternehmers ankam, sondern ausschließlich auf den Schutz der geistig-ideellen Unternehmenstendenz. In logisch-konsequenter Fortführung dieser Gedanken muß man zu dem Schluß kommen, daß auch diejenige Tendenz schutzwürdig ist, die vom Unternehmer mit der Absicht eingeführt wird, die Wirkungen des § 81 I 1 auszulösen, also die wirtschaftlichen AN-Beteiligungsrechte völlig auszuschließen. Das M o t i v , das bei der Hereinnahme der Tendenz maßgebend ist - also rein subjektive Merkmale - kann für die nur nach o b j e k t i v e n Gesichtspunkten zu beurteilende Frage, ob ein TB vorliegt oder nicht, keine Bedeutung haben. Hierfür ist die dem Unternehmen verliehene Zielsetzung allein entscheidend. Diese aber ist losgelöst von der Person des Unternehmers, mag sie auch im Einzelfalle mit seinen persönlichen Ansichten übereinstimmen, folglich auch losgelöst von den M o t i v e n , die den Unternehmer bei der Einführung der Tendenz in das Unternehmen bewegten¹⁾.

Nimmt also ein an sich tendenzfreies Verlagsunternehmen wissenschaftliche oder religiöse Werke mit in seinen Tätigkeitsbereich auf, nur um die Beteiligungsrechte der AN einzuschränken, so greift der Tendenzschutz des § 81 I genauso ein, wie wenn der Unternehmer bei der Einführung der Tendenz "ehrliche" Absichten gehabt hätte, denn die Unternehmenstendenz als solche ist in beiden Fällen gleichermaßen schutzwürdig.

Ein derartiges Verhalten des Unternehmers muß aber individualrechtliche Folgen haben. Nimmt er eine geistig-ideelle Tendenz

1) Dem ArbG Frankfurt in BB 1954, 804 ist also nicht zuzustimmen, wenn es in solchen Fällen keinen TB annimmt.

des § 81 I n u r zu dem Zwecke in sein Unternehmen auf, um die AN-Beteiligungsrechte auszuschalten, so kann er sich nicht darauf berufen, daß eine Maßnahme im s o z i a l e n oder p e r s o n e l l e n Bereich durch die Tendenz bedingt sei. Das hat z.B. zur Folge, daß der ArbGeb sich im Kündigungsschutzstreit nicht auf die Tendenzbedingtheit der Kündigung berufen kann, obwohl die Kündigung sich objektiv gesehen sehr wohl aus dem Tendenzcharakter rechtfertigen ließe. Diese Kündigung muß dann als "sozial ungerechtfertigt" erscheinen (§ 1 II KSchG), denn die Folge einer arglistigen Erschleichung der Tendenzeigenschaft ist eben, daß eine Berufung auf diese Sonderstellung einer unzulässigen Rechtsausübung gleichkommt und daher nicht statthaft ist.

Schließlich ist noch zu prüfen, ob der zweite Einwand, nämlich der, daß bei einem v ö l l i g b e d e u t u n g s l o s e n Tendenzanteil das Gesamtunternehmen nicht als TB anzusehen ist, zu Recht erfolgt.

Ohne sich dem Vorwurf einer in der Methode höchst fragwürdigen Wortinterpretation aussetzen zu müssen, wird man sagen können, daß schon auf Grund des Gesetzeswortlauts eine derartige Einschränkung vorzunehmen ist, denn der § 81 I verlangt, daß das Unternehmen einer der aufgezählten Tendenzen " d i e n t ". Der Gesetzgeber hätte sich sicherlich eines etwas unverbindlicheren Ausdrucks bedienen können (z.B. "haben", "aufzuweisen haben" oder "erkennen lassen"). Nur d a s Unternehmen d i e n t aber einer Tendenz, das in seiner Gesamtheit (und nur davon ist ja auszugehen) erkennbar auf diese Tendenz hin ausgerichtet ist, bei dem der tendenzbestimmte gegenüber dem tendenzfreien Wirkungskreis nicht völlig und auffällig in den Hintergrund tritt¹⁾. Auf diese Weise soll nicht etwa die bereits ausdrücklich abgelehnte Methode des vergleichenden Abwägens der tendenzbestimmten und der tendenzfreien Teile wieder eingeführt werden. Es ist dies vielmehr eine sich aus dem Gesetz selbst ergebende Überlegung. Das Gesamtunternehmen d i e n t dann nicht mehr einer geistig-ideellen Tendenz, wenn der Tendenz-

1) Vgl. RG in JW 1926, 564 zu § 1 UWG, das die Anwendung dieser Bestimmung dann ausschließen will, wenn der Wettbewerbszweck ganz in den Hintergrund tritt.

anteil - vom Standpunkt eines außenstehenden, objektiven Betrachters -, gemessen an der rein materiell ausgerichteten Tätigkeit des Gesamtunternehmens, vollkommen ohne jede Bedeutung ist.

Wenn E n d e m a n n¹⁾ diese Erkenntnis nicht als Fortschritt, sondern als "Leerlauf" bezeichnet, so sei zugegeben, daß es im Einzelfalle schwierig sein mag, Feststellungen darüber zu treffen, wann die Tendenz völlig ohne Bedeutung für das Gesamtunternehmen ist und wann nicht. Andererseits erscheint aber eine gewisse Einschränkung des Grundsatzes, daß grundsätzlich j e d e r Mischbetrieb ein TB ist, also auch die geringste Spur einer Tendenz bereits den Schutz des § 81 I auslöst, zwingend geboten. Wenn der Gesetzgeber nicht gesagt hat, wann ein Unternehmen den aufgezählten Tendenzen "dient" und wann nicht mehr, so kann man nicht deshalb mangels einer von vornherein konkret bestimmten Richtschnur, mit der man die gewünschte Zäsur vornehmen kann, folgern, daß alles, was gewissermaßen "nach Tendenz riecht", auch Tendenzschutz genießt. Hier im Wege einer vernünftiger Auslegung zu einem billigen Ergebnis zu kommen, ist zwingendes Gebot.

Folgendes Beispiel mag dieses Ergebnis stützen: Ein größerer Verlag mit mehreren unselbständigen Druckereien arbeitet seit Jahren nur für Reklame, Werbung und stellt völlig "neutrale" Druckerzeugnisse (z.B. Adressbücher, Formulare, Kalender und sonstige Büroartikel) her. Nun übernimmt das Unternehmen ausnahmsweise den Druck eines wissenschaftlichen Buches. Hier wäre es im hohen Maße unbefriedigend, wollte man wegen dieses einen Buches eine größere Anzahl AN von der Beteiligung in wirtschaftlichen Angelegenheiten völlig ausschließen.

e.) Zusammenfassung.

Folgendes Ergebnis ist festzuhalten: Treten in einem Unternehmen sowohl tendenzbestimmte als auch tendenzfreie Tätigkeitsbereiche auf, so spricht man von einem "Mischbetrieb". Bei der Frage nun, ob ein derartiges Unternehmen ein TB i.S. des § 81 I

1) In BlfArbR 1954, 367.

BetrVG ist, darf es nicht darauf ankommen, ob die tendenzbestimmte Tätigkeit innerhalb des Unternehmens die ureigenste Aufgabe ist, ferner auch nicht darauf, ob der Tendenzanteil gegenüber dem tendenzfreien Teil überwiegt, schließlich auch nicht darauf, in welchem Teil des Unternehmens der größere Umsatz getätigt wird oder die meisten AN beschäftigt werden. Alle diese Gesichtspunkte entspringen der "Methode des vergleichenden Abwägens" und sind für eine Lösung des Problems der Mischbetriebe nicht geeignet.

Vielmehr ist vom Sinn und Zweck der Vorschrift auszugehen, der allein den Schutz der im Unternehmen verfolgten Tendenz in den Vordergrund stellt, gleichgültig, ob das Unternehmen ihr ausschließlich, hauptsächlich, nebenbei oder nur im geringen Maße dient. Dieser Schutz muß selbst dann gelten, wenn der Unternehmer die Tendenz nur deshalb in den Tätigkeitsbereich hereinnimmt, weil er die Beteiligungsrechte der AN einschränken oder ausschließen will, denn in diesem Falle ist die von seiner Person und damit auch von seinen Motiven abstrahierte Unternehmenstendenz genauso schutzwürdig. Lediglich kann sich der Unternehmer dann bei Einzelmaßnahmen gegenüber dem AN im sozialen und personellen Bereich nicht auf die Tendenzbedingtheit berufen, da dies einer unzulässigen Rechtsausübung gleichkommen würde.

Min TB ist aber dann nicht anzunehmen, wenn der Tendenzanteil innerhalb des Unternehmens, gemessen an der Gesamttätigkeit - vom Standpunkt des außenstehenden, objektiven Betrachters deutlich erkennbar -, eine völlig unbedeutende Rolle spielt, denn dann d i e n t das Unternehmen nicht mehr dieser Zweckbestimmung.

3. Gesamtunternehmen und Unternehmensteile.

In der Literatur wird häufig die Frage, ob ein Mischbetrieb auch ein TB i.S. des § 81 I ist und die Frage, wie es um die Tendenzeigenschaft des Gesamtunternehmens bestellt ist, wenn letzteres aus mehreren Betrieben besteht, g e t r e n n t gestellt und beantwortet¹⁾.

1) So Endemann in BlfArbR 1954, 366; Löffler in NJW 1954, 491 und Maurer in AR-Blattei-TB-B II 5 und 6.

Eine derartige gesonderte Behandlung ist weder zweckmäßig noch gerechtfertigt, da beide Fragen dasselbe Problem betreffen, nämlich: Liegt auch dann ein TB vor, wenn innerhalb des Gesamtunternehmens sowohl tendenzbestimmte als auch tendenzfreie Tätigkeit entfaltet wird (vgl. vorstehende Erörterungen zum Mischbetrieb).

a.) Unselbständige Teile.

Nach durchaus Überwiegender Meinung sind innerhalb eines TBs auch die räumlich zusammengehörigen, unselbständigen Teile d e s s e l b e n Unternehmens tendenzgeschützt und zwar auch dann, wenn diese Teile keiner der in § 81 I aufgezählten Zielsetzungen dienen.

Hier ist an die räumlich und betriebsverfassungsrechtlich unselbständige Druckerei innerhalb eines Presse- oder Verlagsunternehmens (= Verlagsdruckerei) zu denken oder auch an die Buchbinderabteilung innerhalb eines Buchverlages. Zur Begründung dieser Meinung wird meistens angeführt, daß sich in derartigen Fällen die Tendenz des tendenzbestimmten Teils auch auf den an sich tendenzfreien, unselbständigen Teil e r s t r e c k t , also auch die rein m a t e r i e l l bestimmten Teile mitergreift¹⁾. Zu dieser "Erstreckungstheorie" ist zu sagen, daß sie genauso wie die bereits bei den Mischbetrieben behandelte "Theorie des Überwiegens" von falschen Voraussetzungen ausgeht. Sie beantwortet nämlich die Frage, ob es sich bei dem Gesamtunternehmen um einen TB handelt, aus der Perspektive der Unternehmens- teile. Die "Erstreckungstheorie" ist daher nichts anderes, als eine Abart der "Theorie des Überwiegens", weil sie davon ausgeht, daß der tendenzfreie Teil (Druckerei) gegenüber dem Tendenzteil (Presse- oder Verlagsunternehmen) eine nur untergeordnete Rolle spielt.

1) Vgl. LAG Baden in Mannheim in 37 1954, 252; Heihoff, Diss. S. 56 und 58; LAG Freiburg in AP 51 Nr. 38; Erdmann, BetrVG § 81 Anm. 13; Fitting-Kraegeloh, BetrVG § 81 Anm. 5; Kraegeloh in ZeitVerf. 1952 Nr. 18 S. 3; Galperin in Borsenblatt 1953, 178; v. Nauchenheim in ZeitVerf. 1953, 298; Endemann in BlfArbR 1954, 366; Maurer in AR-Blattei-TB-B II 5.

Obwohl das E r g e b n i s zu billigen ist, muß diese Argumentation, die wiederum auf einer A b w ä g u n g des Tendenzanteils und des tendenzfreien Teils basiert, abgelehnt werden. Entsprechend der bereits gewonnenen Erkenntnis kommt es bei der Prüfung der Voraussetzungen eines TBes ausschließlich nur auf das U n t e r n e h m e n in seiner Gesamtheit an, denn nur dieses kann überhaupt Träger einer Tendenz sein. Es ist eben nicht richtig zu sagen, der eine oder andere Unternehmensteil habe eine Tendenz, diese Tendenz "erstrecke" sich auf andere, in ihrer Bedeutung untergeordnete Teile und d e s - h a l b sei das Gesamtunternehmen ein TB, sondern man muß gewissermaßen "von oben" auf das Gesamtunternehmen blicken und prüfen, ob es nach außen hin erkennbar einer der in § 81 I aufgezählten Zielsetzungen d i e n t ¹⁾.

Es ist i n d i e s e m Zusammenhang überflüssig zu untersuchen, ob die Verlagsdruckerei ihren Tendenzcharakter nur "kraft Ausdehnung" vom tendenzbestimmten Verlag her erhält, oder ob sie eine e i g e n e Tendenz aufzuweisen hat. Untersuchungen hierüber gehören in den Abschnitt über die rechtlich und tatsächlich selbständige L o h n d r u c k e r e i (vgl. unten § 2 A III 4). Die Verlagsdruckerei hat eben innerhalb des Verlagsunternehmens keinerlei Selbständigkeit²⁾ und teilt demzufolge das rechtliche Schicksal des Gesamtunternehmens bezüglich der Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit des § 81 I.

Die Einschränkungen, die bei einem Mischbetrieb im Falle eines völlig bedeutungslosen Tendenzanteils gemacht wurden, gelten auch hier, denn das eben erörterte Problem ist bei genauerer Betrachtung ein Problem des Mischbetriebes.

b.) Selbständige Teile, Nebenbetriebe.

Während bei den unselbständigen Verlagsdruckereien hinsichtlich des Ergebnisses - wenn auch nicht über den Weg zu diesem

1) Denselben Weg gehen: Löffler in NJW 1954, 491 und 492; Arras in BB 1953, 63; Hueck-Nipperdey, ArbR II S 706.

2) Vgl. schon RAG in BenschS Bd. 14 Nr. 141 S. 623.

Ergebnis - Einigkeit herrscht, gibt es zu dem Problem der selbständigen Unternehmensteile erhebliche Meinungsverschiedenheiten. Es wird die Meinung vertreten, daß dann, wenn Nebenbetriebe oder Betriebsteile eines Gesamtunternehmens räumlich weit vom Hauptsitz des Unternehmens entfernt sind, ferner wenn sie nach Aufgabenbereich oder Organisation eigenständig sind, eine völlig andere Beurteilung eingreifen müsse. Dann nämlich könne man nicht mehr von "einer Einheit der Teile im arbeitsrechtlichen Sinne" sprechen¹⁾. Eine derartige Einheit sei aber Voraussetzung dafür, daß die in einem Teil des Gesamtunternehmens herrschende Tendenz auch die übrigen Tendenzfreien Teile erfaßt.

Nach dieser Meinung sind also Nebenbetriebe oder selbständige Unternehmensteile dann keine TBs mehr, wenn sie räumlich weit vom Hauptbetrieb entfernt sind oder sonst eine betriebsverfassungsrechtliche Eigenständigkeit erlangt haben. Eine dieses Ergebnis wiederum einschränkende Ansicht lehrt, daß bei derartigen selbständigen Unternehmensteilen trotzdem dann ein TB anzunehmen sei, wenn "ausschließlich" oder "überwiegend" Tendenzaufgaben verfolgt werden²⁾. Auf den Fall der Verlagsdruckerei angewandt, würde das bedeuten, daß z.B. die Nürnberger Druckerei eines Verlags mit dem Sitz in München nur dann ein TB ist, wenn in dieser Druckerei ausschließlich oder überwiegend tendenzbestimmte Druckerzeugnisse hergestellt werden.

Auch diese Meinungen halten einer kritischen Betrachtung nicht stand. Genau wie die Methode des vergleichenden Abwägens der materiellen und geistig-ideellen Zweckbestimmungen innerhalb eines Gesamtunternehmens, ferner wie die hier ebenfalls abgelehnte Erstreckungstheorie, die das Hinübergreifen der Tendenz des Hauptbetriebs auf die unselbständigen Teile innerhalb eines Gesamtunternehmens propagiert, übersehen diese Meinungen die fundamentale Erkenntnis, daß die Frage nach dem Vorliegen eines TBes i.S. des § 81 I ausschließlich nach dem Charakter des

1) Vgl. Fitting-Kraegeloh, BetrVG § 81 Anm. 5; Arras in BB 1953, 63 und RdA 1954, 460; Galperin in Börsenblatt 1953, 178; in dieser Richtung wohl auch IAG Freiburg in AP 51 Nr. 38 und IAG Baden in Mannheim in BB 1954, 532; Bührig, Handb. der BetrVerf. § 81 Erl. 3.

2) Vgl. Fitting-Kraegeloh, BetrVG § 81 Anm. 5; Kraegeloh in ZeitVerl. 1952, Nr. 18 S. 3.

Gesamtunternehmens beurteilt werden muß. Daran kann auch die räumliche oder betriebsverfassungsrechtliche Eigenständigkeit eines Unternehmensteils nichts ändern. Einzelne Teile können nicht herausgelöst und gegenüber dem übrigen Unternehmen isoliert behandelt werden, auch dann nicht, wenn eine gewisse Selbständigkeit vorliegt¹⁾.

Dieser Irrweg der sog. "Erstreckungstheorie" findet - was das Problem der selbständigen Unternehmensteile angeht - seinen Ausgangspunkt darin, daß viele Vertreter dieser Meinung den § 3 BetrVG²⁾ auch im Rahmen der Prüfung der Tendenzeigenschaft eines aus mehreren selbständigen Teilen zusammengesetzten Unternehmens anwenden und folgern, daß bei einem gem. § 3 selbständigen, tendenzfreien Betrieb sich die Tendenz des Hauptbetriebs nicht mehr auf diesen, und umgekehrt die Tendenz des selbständigen Nebenbetriebs nicht auf den tendenzfreien Hauptbetrieb erstrecken könne. Auch das BA³⁾ unterstellt offenbar, daß der § 3 bei der Prüfung der Voraussetzungen des § 81 I bedeutsam sein kann.

Entgegen dieser Ansicht muß aber festgestellt werden, daß der § 3 im Rahmen der Vorschrift über den Tendenzschutz eines Unternehmens keinerlei Bedeutung haben kann. Der § 3 behandelt nämlich ein ganz anderes Problem als der Sondertatbestand des § 81 I⁴⁾. Zwar gehört § 3 zu den allgemeinen Vorschriften, die von grundlegender Bedeutung sind für das gesamte Betriebsverfassungsrecht⁵⁾. Damit steht aber noch nicht fest, daß § 3 auch im Rahmen des Spezialtatbestandes des § 81 I Beachtung finden muß.

1) Zu diesem Ergebnis kommen: Löffler in NJW 1954, 492; Galperin in BlfArbR 1954, 366; Dietz, BetrVG § 81 Anm. 3a; Maurer in AR-Blattei-TB-R II 5; wohl auch BA³⁾ in AP 55 Nr. 1 zu § 81 BetrVG; für BRG 20 schon Stier-Somlo, BRG § 67 Anm. 2.

2) § 3 BetrVG lautet: "Nebenbetriebe und Betriebsteile gelten nur dann als selbständige Betriebe, wenn sie räumlich vom Hauptbetrieb entfernt oder durch Aufgabenbereich und Organisation eigenständig sind."

3) In AP 55 Nr. 1 zu § 81 BetrVG.

4) Vgl. Galperin in BlfArbR 1954, 366 und ArbUr 1954, 75 ff, der, soweit ersichtlich, als einziger dieses Problem behandelt.

5) Vgl. Pitting-Kraegeloh, BetrVG Vorbem. vor § 1.

Der § 3 geht von dem Grundsatz aus, daß **N e b e n b e t r i e - b e**¹⁾ und **B e t r i e b s b e s t a n d t e i l e**²⁾ grundsätzlichen als unselbständige Teile des Hauptbetriebes anzusehen sind. Die wichtigste Konsequenz dieser Erkenntnis ist die, daß in diesen unselbständigen Teilen kein besonderer Betriebsrat zu wählen ist³⁾. Nur in Ausnahmefällen, nämlich dann, wenn die Voraussetzungen des § 3 gegeben sind, gilt der Betrieb als "selbständig" i.S. des BetrVG, was zur Folge hat, daß für ihn ein eigener Betriebsrat gewählt werden muß, nach dem Prinzip: Ein Betriebsrat wird nur für einen Betrieb gewählt und ein Betrieb kann nur einen Betriebsrat haben⁴⁾.

Die Vorschrift des § 3 behandelt also eine "besondere Frage der organisatorischen Betriebseinheit"⁵⁾, sie regelt nur, "wann Nebenbetriebe und Betriebsteile als selbständige **B e t r i e b e**, bzw. umgekehrt als Teile eines anderen, des Hauptbetriebes, anzusehen sind". Der § 3 geht demnach vom **B e t r i e b** aus, als der Grundlage der Betriebsverfassung", unabhängig davon, ob dieser im Mittelpunkt der Betrachtungen stehende Betrieb zusammen mit anderen Betrieben in einem sie alle umfassenden Unternehmen eingegliedert ist oder nicht⁶⁾.

Demgegenüber aber knüpft der § 81 I an das **U n t e r n e h m e n** in seiner Gesamtheit an, dem diese i.S. des § 3 eigenständigen Unternehmensteile angehören. Diese beiden Problemkreise ("wann

-
- 1) Das wichtigste Merkmal des Nebenbetriebs ist Unselbständigkeit des Betriebszwecks (vgl. Galperin, BetrVG § 3 Anm. 2).
 - 2) Betriebsbestandteile sind Betriebsabteilungen, die keine in sich geschlossene betriebliche Organisation haben und keinen selbständigen Zweck verfolgen (vgl. Revolle-Köst, HandKomm. 1954 § 3 Anm. 3).
 - 3) Vgl. Dietz, BetrVG § 3 Anm. 2; Galperin, BetrVG § 3 Anm. 1.
 - 4) Vgl. Fitting-Kraegeloh, BetrVG § 81 Anm. 6; Dietz, BetrVG § 81 Anm. 2, der zutreffend darauf hinweist, daß der "Gesamtbetriebsrat" des § 46 BetrVG etwas ganz anderes ist und Betriebsräte in den einzelnen Betrieben des Gesamtunternehmens voraussetzt; vgl. auch Bobrowski, ArbR S. 466.
 - 5) Vgl. Galperin, BetrVG § 3 Anm. 1.
 - 6) Vgl. Dietz, BetrVG § 3 Anm. 1 und 1a.

hat ein Betrieb betriebsverfassungsrechtliche Selbständigkeit i.S. des § 3" und "wann dient das Gesamtunternehmen einer der Tendenzen des § 81 I") zeigen keinerlei Berührungspunkte, da beide Bestimmungen grundverschiedene Ausgangspunkte haben. Es leuchtet auch ohne weiteres ein, daß mit der Feststellung, ein Betrieb sei "selbständig" i.S. des § 3, noch keinesfalls etwas darüber gesagt ist, ob das U n t e r n e h m e n , dem dieser Betrieb ja trotz seiner Selbständigkeit angehört, einer Zweckbestimmung i.S. des § 81 I dient oder nicht. Die Antwort auf diese letzte, entscheidende Frage, kann einzig und allein aus einer richtigen Anwendung des § 81 I, also vom Gesamtunternehmen her gegeben werden¹⁾. Dann aber ist die rechtliche Ausklammerung eines selbständigen Unternehmensteils mit dem Sinn und Zweck des § 81 I nicht vereinbar, da die T e n d e n z an sich in gleicher Weise gefährdet sein kann, gleichgültig, ob sie mit dem ganzen Unternehmen verfolgt wird oder nur mit einem Teil, ob die Unternehmensteile gegenüber dem Gesamtunternehmen un-selbständig oder selbständig sind.

Dieselben Grundsätze müssen auch für den Fall gelten, daß nicht der "Hauptbetrieb" (z.B. ein Verlag) tendenzbestimmt ist, sondern der eigenständige Teilbetrieb (z.B. eine Druckerei). Dann ist es aber nicht richtig, wenn im Falle der Druckerei in Köln, die selbständiger, tendenzbestimmter Teil eines tendenzfreien Formularverlags mit dem Sitz in Nürnberg ist, angenommen wird, die Tendenz des "Nebenbetriebes" erstrecke sich nicht auf den "Hauptbetrieb"²⁾.

Ist in derartigen Fällen von selbständigen Betrieben eines Gesamtunternehmens ein G e s a m t b e t r i e b s r a t gebildet (vgl. §§ 46 ff BetrVG), so ist dieser zuständig "für die Behandlung von Angelegenheiten, die das Gesamtunternehmen betreffen" (§ 48 I BetrVG), also z. B. für die Mitwirkung bei der Regelung einer Angelegenheit, die innerlich notwendig nur ein-

1) Zum selben Ergebnis kommt Nipperdey in Hueck-Nipperdey, ArbR II S. 706, der zutreffend darauf hinweist, daß in diesen Fällen insofern wieder ein Ausgleich erfolgt, als sich in sozialen und personellen Angelegenheiten die Beteiligungsrechte kaum mit der Tendenz des Gesamtunternehmens überschneiden dürften.

2) So z.B. Arras in RdA 1954, 460.

heitlich für alle oder mehrere Betriebe durchgeführt werden kann, oder für die Beteiligungsrechte bei personellen Maßnahmen gegenüber solchen ANn, die für alle oder mehrere Betriebe angestellt werden. Ist nach den oben herausgestellten Grundsätzen das Gesamtunternehmen ein TB i.S. des § 81 I, so können die Beteiligungsrechte des Gesamtbetriebsrats in gesamtunternehmerischen Angelegenheiten wegen der schutzwürdigen Tendenz genauso eingeschränkt oder ausgeschaltet sein, wie die Mitwirkungsrechte der BRe in den einzelnen Unternehmensteilen für Angelegenheiten, die sich auf den Bereich des einzelnen Betriebs beschränken.

In wirtschaftlichen Angelegenheiten wäre also eine Beteiligung der AN am Gesamtunternehmen nicht möglich (§§ 81 I i.V.m. § 67 ff). Das gleiche gilt aber auch für den einzelnen Betrieb des Gesamtunternehmens, selbst wenn er über 100 AN beschäftigt und keinem der Ziele des § 81 I dient, solange das Gesamtunternehmen, dessen Bestandteil der einzelne Betrieb ist, als TB anzusehen ist. In personellen und sozialen Angelegenheiten kommt es auf die Tendenzbedingtheit der Maßnahme an, mit der Folge, daß die Beteiligungsrechte des Gesamtbetriebsrats dann ausgeschlossen sind, wenn es sich um Maßnahmen handelt, die alle oder mehrere Betriebe betreffen u n d durch die gesamtunternehmerische Tendenz bedingt sind (z.B. Einstellung eines Schriftleiters im obigen Beispiel). Liegt eine das Gesamtunternehmen berührende Maßnahme vor und ist sie n i c h t tendenzbedingt, so kann der Gesamtbetriebsrat ungehindert seine Rechte geltend machen. Handelt es sich um eine tendenzfreie Angelegenheit und betrifft sie n i c h t das Gesamtunternehmen, so ist es Sache des BRs in den einzelnen Betrieben, tätig zu werden (z.B. Einstellung eines Arbeiters untergeordneter Stellung im obigen Beispiel). Sowie aber die Tendenz des Gesamtunternehmens in Frage steht, wäre an sich bei der Geltendmachung von AN-Beteiligungsrechten der Gesamtbetriebsrat zuständig, da die Tendenz das Gesamtunternehmen betrifft (vgl. § 48 I BetrVG), eine derartige Mitwirkung ist aber durch § 81 I BetrVG ausgeschaltet.

4. Lohndruckereien.

In Lehre und Rechtsprechung wird im Zusammenhang mit der Erörterung der Mischbetriebe und der Unternehmensteile gewöhnlich zu dem Fall Stellung genommen, daß eine selbständige Druckerei nicht für einen dem gleichen Unternehmen angehörigen Verlag arbeitet, sondern für f r e m d e Verlage und Auftraggeber Druckaufträge auf Grund von Werkverträgen ausführt. Hierbei kann die Art der Tätigkeit vom tendenzbestimmten Zeitungs-, Zeitschriften- und Buchdruck bis zum tendenzfreien Druck von Katalogen, Formularen und sonstiger Akzidenz reichen. Die Meinungen darüber, ob derartige Druckereien auf Werkvertragsbasis TBe i.S. des § 81 I sind, gehen erheblich auseinander¹⁾. Im einzelnen werden folgende Meinungen vertreten:

a.) Von einem TB kann man nur dann sprechen, wenn das Unternehmen es sich zur Aufgabe gemacht hat, die geistige Zielsetzung u n m i t t e l b a r zu verwirklichen. Innerhalb des Zeitungsgewerbes ist das nur möglich bei der Redaktion und beim Verlag. Diese bestimmen den Tendenzcharakter, der ein vorwiegend abstraktes Merkmal ist.

Die durch den Druck vorgenommene technisch-konkrete Verwirklichung der geistigen Tendenz aber ist nicht mehr schutzwürdige Tendenz im Sinne des Gesetzes. Das Drucken als solches ist rein t e c h n i s c h e Tätigkeit und in Bezug auf den geistigen Inhalt der Druckerzeugnisse "wertfrei neutral". Auch ist die Lohndruckerei einzig und allein auf den Erwerb ausgerichtet, ihre Tätigkeit nur nach rein kaufmännischen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten orientiert.²⁾

b.) Gegenüber dieser klaren und kompromißlosen Verneinung der TB-Eigenschaft einer Lohndruckerei wird von anderer Seite

1) Das BAG hat in AP 55 Nr. 1 zu § 81 BetrVG die Frage, ob der bloße Lohndruck unter § 81 fällt, ausdrücklich dahingestellt sein lassen. Zum Problem vgl. auch Fitting-Kraegeloh, BetrVG § 81 Anm. 5.

2) Vgl. LAG Freiburg in AP 51 Nr. 38 und Anm. Hessel S. 125, 126; Bührig, Handb. der BetrVerf. § 81 Erl. 3.

die Meinung vertreten, man könne aus den gleichen Erwägungen derartige Unternehmen zwar grundsätzlich nicht als TB ansehen, jedoch müßten von diesem Grundsatz je nach Lage des Einzelfalles Ausnahmen gemacht werden. Bezüglich der Anforderungen, die an das Vorliegen derartiger Ausnahmefälle zu stellen sind, werden verschiedene Gesichtspunkte für wichtig erachtet:

aa.) Entgegen dem Grundsatz könne man eine Lohndruckerei stets dann als TB bezeichnen, wenn sie "ausschließlich" oder "überwiegend" tendenzbestimmte Druckerzeugnisse fertigt, wobei als Kriterium für das Überwiegen des Tendenzanteils einmal die anteiligen Umsatzzahlen, zum anderen die Zahl der in den einzelnen Gebieten beschäftigten AN maßgebend sein sollen¹⁾.

bb.) Eine Lohndruckerei sei nur dann ganz ausnahmsweise als TB anzusehen, wenn die t a t s ä c h l i c h e, wirtschaftliche Abhängigkeit zwischen dem tendenzbestimmten Verlag und der rechtlich selbständigen Druckerei so weit geht, daß die Lohndruckerei praktisch auf den Fortbestand der verlegerischen Tendenztätigkeit angewiesen ist, von der Tendenz gewissermaßen lebt²⁾, ferner wenn sie eine tendenzbestimmte Tätigkeit z u r A u f g a b e hat, so daß sie stets, auch unter Vernachlässigung kaufmännischer Gesichtspunkte, auf diese Tendenz Rücksicht zu nehmen hat³⁾, schließlich auch dann, wenn die Druckerei selbst "über das technische Druckwerk hinaus" eine eigene Tendenz entfaltet, so z.B. eine künstlerische Tendenz auf dem Gebiet der graphischen Ausgestaltung der Druckerzeugnisse⁴⁾.

c.) Eine von diesen beiden Meinungen grundsätzlich verschiedene Ansicht lehrt jedoch, daß man den Lohndruck durch ein selbständiges Unternehmen nicht als einen völlig tendenzfreien, neutralen Akt bezeichnen könne. Vielmehr müsse die Tendenz des Ge-

1) Vgl. Fitting-Kraegeloh, BetrVG (81 Anm. 5; Kraegeloh in ZeitVerlg. 1952 Nr. 18 S. 3; v. Mauchenheim in ZeitVerlg. 1953, 299.

2) Vgl. Galperin in Börsenblatt 1953, 178; Endemann in BlfArbR 1954, 366.

3) So ArbG Hagen in BB 1953, 767.

4) So Galperin in Börsenblatt 1953, 178; Hessel in Anm. zu AP 51 Nr. 38 S. 126.

Wirtschaftsgenossenschaft (§ 77 III BetrVG). Sind derartige Unternehmen aber TBe i.S. des § 81 I, so entfällt die Möglichkeit einer Entsendung von AN-Vertretern in den Aufsichtsrat auch dann wenn die Mindestzahl an ANn überschritten wird (§§ 81 I 2 i.V.m. 76, 77 BetrVG).

b.) Die Verneinung der §§ 81 II und 88 I BetrVG.

Noch ehe man bei einem Unternehmen die Voraussetzungen des § 81 I prüft, untersucht man zweckmäßigerweise, ob nicht eine Einrichtung der in den §§ 81 II und 88 I BetrVG umschriebenen Art vorliegt, da in diesen Fällen a l l e Bestimmungen des BetrVG keine Anwendung finden, sich also auch die Untersuchung nach § 81 I erübrigt.

aa.) § 81 II BetrVG.

Nach § 81 II ist die Anwendung des BetrVG im Falle von "Religionsgemeinschaften und ihren karitativen und erzieherischen Einrichtungen unbeschadet deren Rechtsform" ausgeschlossen¹⁾. In derartigen Einrichtungen gibt es also keine Beteiligungsrechte nach dem BetrVG, demnach auch keine Gefahr der Beeinträchtigung der Zielsetzung derartiger Einrichtungen durch die Geltendmachung von Beteiligungsrechten.

Die Einrichtungen des § 81 II können nicht als "Betriebe" oder "Unternehmen" im arbeitsrechtlichen Sinne bezeichnet werden. Was nach außen hin "Betrieb" erscheint, ist nur Mittel zum Zweck. Das Primäre ist zutiefst r e l i g i ö s²⁾. Der Gesetzgeber selbst bringt dadurch, daß er in § 81 I solche "Betriebe, die politischen, etc. etc. Bestimmungen dienen" und in § 81 II "Religionsgemeinschaften und ihre karitativen und erzieherischen Einrichtungen" g e t r e n n t behandelt, unzweideutig zum Ausdruck, daß zu unterscheiden ist zwischen den

1) Insoweit haben die Religionsgemeinschaften die Autonomie zur selbständigen Regelung der Rechtsverhältnisse ihrer AN (vgl. Röhling, Diss. S. 39, 45).

2) Vgl. Hünnerfeld in Car. Korr. 1954, Heft 7/8.

B e t r i e b e n (besser: Unternehmen) des § 81 I (den "Tendenzbetrieben") und den E i n r i c h t u n g e n des § 81 II (auf die der arbeitsrechtliche Betriebs- und Unternehmensbegriff überhaupt nicht paßt)¹⁾. Dies wird in der Rechtsprechung zu wenig beachtet (vgl. unten § 2 E I 3).

Wenn die parlamentarische Opposition bei den Beratungen zum § 81 II anstelle der karitativen oder erzieherischen Einrichtungen der Religionsgemeinschaften lediglich die s e e l - s o r g e r i s c h e n Einrichtungen vom BetrVG ausgenommen wissen wollte, weil sonst ein großer Prozentsatz von ANn mit reinweltlichen Funktionen frei vom Schutz des die AN-interessen vertretenden Betriebsrats gestellt sein würde²⁾, so lassen sich für diese Meinung sicherlich gute Gründe anführen. Wenn man aber die Bedenken der Gegenseite dadurch zu zerstreuen versuchte, daß man erklärte, eine Gefahr für die "konfessionelle Tendenz" der karitativen und erzieherischen Einrichtungen von Religionsgemeinschaften sei schon deshalb nicht vorhanden, weil sie ja sowieso als "konfessionelle TBe" durch § 81 I geschützt werden, so kann dieser Argumentation nicht gefolgt werden. Sie verkennt, daß Religionsgemeinschaften und deren karitative und erzieherische Einrichtungen überhaupt nicht als "Betriebe" oder "Unternehmen" gelten können und - da der Begriff "Betrieb" (besser "Unternehmen") in § 81 I auch keinen anderen Inhalt hat als sonstwo im Arbeitsrecht - folglich auch keine TBe i.S. des § 81 I sind. Dem Gesetzgeber lag daran, den Religionsgemeinschaften in ihren hauptsächlichen Tätigkeitsbereichen völlige A u t o n o m i e zu gewähren. Um dieses Ziel zu verwirklichen mußte er eine über den Tendenzschutz des § 81 I noch hinausgehende Regelung treffen³⁾.

Der Bundesgesetzgeber hat diesen seinen ernststen Willen bei der Schaffung der PersVG vom 5.8.1955 erneut bewiesen, indem er im

1) Auch Hueck-Nipperdey, ArbR II S. 884 gehen offenbar von dieser Unterscheidung aus; Röhling, Diss. S. 170 (Fußn. 1) zeigt zwar diesen Unterschied auf, beachtet ihn jedoch später im Falle des konfessionellen Krankenhauses nicht (S. 173 Fußn.1).

2) Vgl. Abg. Dr. Preller (SPD) zum Antrag der SPD Umdruck Nr. 617 Z. 50, Sten. Ber. S 10 o86.

3) Vgl. auch 1. BT Bericht des Ausschusses für Arbeit (Abg. Sabel) v.8.7.1952, Drucksache Nr. 3585 S. 18.

§ 96 PersVG eine dem § 81 II BetrVG genau entsprechende Regelung getroffen hat. Nach wohl h.M. sind auch die Landesgesetzgeber bei der Gestaltung ihres Personalvertretungsrechts nicht befugt, in dieses Selbstverwaltungsrecht der Religionsgemeinschaften durch staatlichen Gesetzgebungsakt einzugreifen, da die Religionsgemeinschaften befugt sind, ihr Personalvertretungsrecht selbst zu ordnen¹⁾.

Unter einer "Religionsgemeinschaft" i.S. des § 81 II ist ein Verband von Angehörigen ein und desselben Glaubensbekenntnisses oder mehrerer verwandter Glaubensbekenntnisse zur allseitigen Erfüllung der durch das gemeinsame Bekenntnis gestellten Aufgaben zu verstehen²⁾.

Hierunter fallen in erster Linie die allgemein staatlich anerkannten Religionsgemeinschaften, darüber hinaus aber auch alle sonstigen Zusammenschlüsse auf der Basis und zum Zwecke der Verfolgung eines Glaubensbekenntnisses. Weltanschauliche Verbände, die keine K u l t u s g e m e i n s c h a f t bilden, gelten jedoch nicht als Religionsgemeinschaften³⁾. Dasselbe gilt für religiöse Vereine, die nur e i n z e l n e konfessionelle Zwecke verfolgen. Sie können aber dann "konfessionelle" TBe i.S. des § 81 I sein⁴⁾.

Aber nicht nur die Religionsgemeinschaften selbst, sondern auch deren eigene unmittelbare Verwaltungsstellen sind vom BetrVG ausgenommen. Hierbei kommt es nicht auf die Rechtsform dieser unmittelbaren Verwaltungsstellen an, und auch die Ausgliederung eines Teiles zur selbständigen juristischen Person, etwa eines Ordens, schadet nicht⁵⁾.

1) Vgl. Dietz, PersVG § 83 Anm. 3 und § 96 Anm. 1; Röhling Diss. S. 39, 45.

2) Vgl. Anschütz, RV Art. 137 Anm. 2; Dietz, PersVG § 96 Anm. 2 und 3; Maurer, AR-Blattei-TB-C; Röhling, Diss. S. 171, 172.

3) Vgl. Galperin, BetrVG § 81 Anm. 21; Dietz, BetrVG § 81 Anm. 19, Maurer, AR-Blattei-TB-C.

4) Vgl. Maurer, AR-Blattei-TB-C; Anschütz, RV Art. 137 Anm. 2.

5) Vgl. Dietz, BetrVG § 81 Anm. 20; Galperin, BetrVG § 81 Anm. 20, 23; Fitting-Kraegeloh, BetrVG § 81 Anm. 18.

Dagegen kommt auf die von den Religionsgemeinschaften geführten U n t e r n e h m e n (z.B. Landgut, Edelpelztierfarm, Klosterbrauerei etc.) das BetrVG voll zur Anwendung, es sei denn, es werden Tendenzen des § 81 I verfolgt, oder es handelt sich überhaupt nicht um AN nach dem BetrVG (vgl. § 4 II d BetrVG)¹⁾.

Als karitative oder erzieherische E i n r i c h t u n g e n von Religionsgemeinschaften, die nach dem Ergebnis dieser Untersuchungen keine TBe sind und vollständig von dem Geltungsbereich des BetrVG ausgenommen werden, kommen in Frage: Die Einrichtungen der Inneren Mission, konfessionelle Unterstützungs- und Fürsorgevereine, kirchliche Wohlfahrtseinrichtungen, Priesterseminare, die Einrichtungen der Caritas, konfessionelle Schulen, Internate, Kinder-, Lehrlings- und Altersheime, Gesellen- und Waisenhäuser, konfessionelle Erziehungsanstalten und kirchliche Hochschulen²⁾.

Als karitative Einrichtungen von Religionsgemeinschaften sind auch die "konfessionellen Krankenhäuser" anzusehen. Eine derartige Einrichtung ist dann anzunehmen, wenn eine Religionsgemeinschaft u n m i t t e l b a r als Träger eines Krankenhauses auftritt. Zur Problematik der konfessionellen Krankenhäuser sind gesonderte Ausführungen veranlaßt (vgl. unten § 2 E I 3).

Bei den karitativen und erzieherischen Einrichtungen der Religionsgemeinschaften - die im übrigen sehr wohl eine selbständige Rechtsform haben können - ist zu beachten, daß ein u n m i t t e l b a r e r , innerer Zusammenhang mit der Religionsgemeinschaft erforderlich ist. Ein lediglich äußerer Zusammenhang genügt hingegen nicht (z.B. wenn eine Privatschule einer bestimmten Religionsgemeinschaft und deren Bestrebungen nahesteht, oder finanziell von der Religionsgemeinschaft getragen wird). Es kann aber dann immer noch ein TB i.S. des § 81 I vorliegen, falls Bestrebungen der dort genannten Art verfolgt werden

1) Vgl. Dietz, BetrVG § 81 Anm. 21; Fitting-Kraegeloh, BetrVG § 81 Anm. 19.

2) Vgl. Engler, BRG Hess. § 32 Anm. 3; Erdmann, BetrVG § 81 Anm. 8; Heihoff, Diss. S. 35; Dietz, BetrVG § 81 Anm. 10; Galperin, BetrVG § 81 Anm. 3; Fitting-Kraegeloh, BetrVG § 81 Anm. 8.

20. § 38 BetrVG.

§ 38 I BetrVG sind die Betriebe und Verwaltungen des Bundes, der Länder, der Gemeinden und sonstiger Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts¹⁾ vom Geltungsbereich des BetrVG vollständig herausgenommen. Hierzu sind jetzt auch die Einrichtungen der Bundeswehr zu zählen²⁾. Findet aber das BetrVG in seiner Gesamtheit keine Anwendung, so erübrigt sich eine Untersuchung nach § 81 I BetrVG.

Für die Betriebe und Verwaltungen der öffentlichen Hand sind - abweichend vom BRG 20 - spezielle Bestimmungen maßgebend. So gestaltet das PersVG vom 5.8.1955 die betriebliche Verfassung der Betriebe und Verwaltungen des Bundes und der bundesunmittelbaren Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts sowie in den Gerichten des Bundes (vgl. § 1 PersVG i.V.m. Art. 71, 73 Nr. 8 GG). Speziell zum PersVG wird später noch einiges zu sagen sein (vgl. unten § 2 F).

Für Betriebe und Verwaltungen der Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände sowie für die landesrechtlichen juristischen Personen des öffentlichen Rechts bringt das PersVG keine unmittelbare Regelung. Es gibt lediglich in den §§ 82 bis 95 einige Rahmenbestimmungen (Art. 75 Nr. 1 GG) für die Landesgesetzgeber, überläßt es aber im übrigen den Ländern, die Rechtsverhältnisse im öffentlichen Dienst näher zu regeln³⁾. Soweit einzelne Länder derartige PersVGs noch nicht erlassen haben, gelten noch die Bestimmungen der Betriebsrätegesetze, soweit sie sich mit dem öffentlichen Dienst befassen⁴⁾. Insofern haben die nach 1945 in den Ländern erlassenen BRGs noch ihre Bedeutung. Für die Länder,

- 1) Wegen der Begriffsbestimmung und Unterscheidung vgl. Huber, WirtschaftsVwR I S. 114 ff u. 182 ff; Forsthoff, VwR I S. 404-423.
- 2) Vgl. auch Hueck-Nipperdey, ArbR II S. 704; Deutsche AN bei alliierten Streitkräften können nach Art. 44 IX des Truppenvertrags zwar Betriebsräte bilden, sie haben aber keine Rechte aus dem BetrVG, so daß auch für sie der § 81 I BetrVG bedeutungslos ist.
- 3) Vgl. Dietz, PersVG Einf. AI, II, III vor § 1, ferner § 1 Anm. 1 und § 83 Anm. 11.
- 4) Z.B. §§ 106 ff BayBRG; 37 ff HessBRG; § 31 BremBRG; § 11 Rheinl.-Pfalz BRG.

die keine BRGe erlassen haben, bzw. deren BRGe keine spezielle Regelung über den öffentlichen Dienst enthalten, gilt insoweit auch heute immer noch das KRG Nr. 22 (vgl. Erörterungen oben zu § 1 A I 3).

Im Rahmen dieser Untersuchungen ist es nun wichtig, solche Gesichtspunkte herauszuarbeiten, die eine *Abgrenzung* zwischen Betrieben der Privatwirtschaft - auf die dann bei Vorliegen der Voraussetzungen der § 81 I Anwendung findet - und Betrieben und Verwaltungen der öffentlichen Hand - auf die dann entweder das PersVG oder die entsprechenden Bestimmungen der BRGe der Länder bzw. das KRG Nr. 22 Anwendung finden - in den Bereich des Möglichen rücken.

Wesentliches Kriterium für eine derartige Abgrenzung ist nach h.M. die *Rechtsform* und nicht etwa die Inhaberschaft des Unternehmens¹⁾.

In den Geltungsbereich des BetrVG fallen daher:

Alle Unternehmen mit *privater* Rechtsform, auch wenn sie der öffentlichen Hand gehören. Bei ihnen ist dann - falls es sich nicht um Einrichtungen des § 81 II BetrVG handelt - die weitere Prüfung veranlaßt, ob nicht ein TB i.S. des § 81 I vorliegt. Hierher gehören z. B. alle in der Form von juristischen Personen des Privatrechts (AG, GmbH) oder in anderen privatwirtschaftlichen Gesellschaftsformen bestehenden Versorgungs- und Verkehrsbetriebe der Gemeinden (Gas-, Wasser-, Elektrizitätswerke, Straßenbahnen, Omnibuslinien, Theaterunternehmen etc.), ferner die Regiebetriebe oder gemischtwirtschaftlichen Betriebe der öffentlichen Hand mit privater Rechtsform²⁾. Der Betrieb untersteht auch dann dem BetrVG, wenn die Anteile der juristischen Person des Privatrechts sich ausschließlich in der Hand einer *öffentlichen Körperschaft* befinden, so z.B. der Betriebe

1) Vgl. Galperin, BetrVG § 88 Anm. 1; Dietz, BetrVG § 88 Anm. 2; Pitting-Kraegeloh, BetrVG § 88 Anm. 7; Dietz, PersVG Einf. A II vor § 1 und § 1 Anm. 9, 10; Rewolle-Köst, Handkomm. 1954, § 88 Anm. 1; Erdmann, BetrVG Erl. zu § 1

2) Dietz, BetrVG § 88 Anm. 2; Galperin, BetrVG § 88 Anm. 1; Hueck-Nipperdey, ArbR II S 704; Huber, WirtschaftsVwR I S. 121, 159-162, 528-530; Forsthoff, VwR I S. 430, 436.

der Kölner-Bonner-Eisenbahnen, deren Aktien die Land- und Stadtkreise Köln und Bonn besitzen, oder die in Form einer GmbH betriebenen Versorgungsbetriebe, auch wenn alle Anteile der Stadt gehören¹⁾.

Hingegen erübrigt sich bei allen Betrieben und Verwaltungen mit öffentlichlicher Rechtsform eine Prüfung der Voraussetzungen des § 81 I BetrVG. Es ist nicht erforderlich, daß dabei hoheitliche Funktionen ausgeübt werden.

Hierher gehören die staatlichen und städtischen Krankenhäuser, sowie die Heil- und Pflegeanstalten sonstiger Gebietskörperschaften (vgl. Art. 48 II BezO), die Betriebe der staatlichen Forst- und Domänenverwaltung, sowie alle Betriebe, die dem Bund vom Reich überkommen sind.

Hier sind auch die Rundfunkanstalten zu nennen (näheres vgl. unten zu § 2 E III). Diejenigen Sozialversicherungsträger, deren Zuständigkeitsbereich sich über das Gebiet eines Landes hinaus erstreckt, sind gem. Art. 87 II GG bundesunmittelbare Körperschaften und fallen daher unter das PersVG. Als Betriebe der öffentlichen Hand kommen weiterhin in Frage: Öffentliche Schulen aller Art einschließlich der Hochschulen und Universitäten, wissenschaftliche Institute, Museen, Theater, Orchester, wissenschaftliche Forschungsanstalten²⁾, schließlich auch die Einrichtungen des Bayerischen Roten Kreuzes³⁾.

Innerhalb des Rechts des öffentlichen Dienstes entsteht das hier zu untersuchende Problem des tendenzbestimmten Unternehmens - mit der Gefahr der Beeinträchtigung dieser Tendenz durch AN-Beteiligungsrechte - nicht, da das Interesse des Staates einerseits und das Interesse der Bediensteten andererseits schon von vornherein nur insoweit Berücksichtigung fanden, als das allgemeine Wohl und die öffentlichen Belange es gestatten. Der Gesetzgeber hat bereits bei der Festlegung der Beteiligungsrechte im

1) Vgl. Hueck-Nipperdey, ArbR 11 S 704; Dietz, PersVG Einf. A II vor § 1 und § 1 Anm. 10.

2) Vgl. Dietz, PersVG § 83 Anm. 9.

3) Vgl. Maurer, AR-Blattei-TB-B II 1 d.

Einzelfälle dafür Sorge getragen, daß die "Grundtendenz" derartiger öffentlicher Unternehmen, nämlich die Wahrnehmung des öffentlichen Interesses, sich durchsetzt¹⁾ (zur Ergänzung vgl. auch unten § 2 F).

II. Voraussetzungen, die Lehre und Rechtsprechung zusätzlich fordern.

1. Die Zweckbestimmung.

Es ist davon auszugehen, daß die Ausnahmestellung der TBe letztlich Ausdruck der Sicherstellung der geistigen Meinungsfreiheit ist²⁾. Der Schutz des § 81 I gilt demnach nicht dem Unternehmen als solchem, streng genommen auch nicht dem Unternehmer als Person, sondern einzig und allein der geistig-ideellen Zweckbestimmung, der Tendenz des Unternehmens. Es kommt nicht auf die Weltanschauung des Inhabers des Unternehmens an, sondern allein auf die von allen anderen Gegebenheiten abstrahierte Unternehmenstendenz selbst³⁾. Dem steht auch nicht entgegen, daß in den meisten Fällen auch der Unternehmer als Privatperson mittelbar geschützt wird, nämlich dann, wenn seine persönliche Weltanschauung, seine Privatmeinung, sich mit der Unternehmenstendenz deckt.

Die Erkenntnis, daß es ausschließlich die Unternehmenstendenz war, die dem Gesetzgeber als schutzwürdig erschien, stützt sich unmittelbar auf das Gesetz und zwar auf § 81 I 2 BetrVG, der sonstige Bestimmungen (d.h. außer §§ 67-77) des BetrVG nur insoweit gelten läßt, als nicht "die Eigenart des Betriebes" dem entgegensteht. Diese spezielle Eigenart aber ist Ausdruck der geistig-ideellen Zielsetzung.

Die Erreichung oder Förderung einer oder mehrerer der in § 81 I

1) Vgl. §§ 55 ff PersVG und 107 ff BayBRG.

2) Vgl. Dietz, BetrVG § 81 Anm. 3b; Hueck-Nipperdey, ArbR II S. 706.

3) Vgl. Hessel in BB 1956, 406; Mansfeld, BRG § 67 Anm. 2.

aufgezählten Bestrebungen muß das Anliegen sein, welches das Gesicht des Unternehmens mit prägt, der ideelle Zweck muß die Gestaltung und Leitung des Unternehmens mindestens zum Teil mit beeinflussen und auf diese Weise eine Unterscheidung von anderen, normalen Produktionsunternehmen ermöglichen, denn nur dann kann man davon sprechen, daß das Unternehmen dieser Zielsetzung "dient"¹⁾.

Liegt ein TB i.S. des § 81 I vor, so hat es auf die Eigenart des Unternehmens keinen Einfluß, wenn es nach w i r t - s c h a f t l i c h e n Gesichtspunkten verwaltet und ein G e w i n n aus der Tätigkeit erzielt wird²⁾. Es gibt nur wenige Ausnahmefälle, in denen die wirtschaftliche Betätigung im Rahmen eines TBes völlig fehlt. Regelmäßig sind Verwaltung des Vermögens nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten, ferner auch das Bestreben, sich durch eine kluge Wirtschaftspolitik finanziell unabhängig zu erhalten, auch in TBen unentbehrlich. Mehr noch, die Verfolgung der geistig-ideellen Bestrebungen ist in vielen Fällen erst möglich durch eine Bereitstellung der hierfür erforderlichen finanziellen Mittel und durch deren Verwaltung nach den Prinzipien der Wirtschaftlichkeit.

Der Beweis dafür, daß TBe n e b e n den geistig-ideellen Bestrebungen auch technisch-wirtschaftlichen Zielen dienen können, ohne ihren Charakter als TBe zu verlieren, ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz selbst, denn § 81 I S. 1, der ja ausdrücklich die w i r t s c h a f t l i c h e n Beteiligungsrechte in TBen ausschließt, wäre überflüssig, wenn TBe ihrer Natur nach überhaupt keine wirtschaftlichen Ziele verfolgen könnten. Derselbe Schluß war aus den §§ 66 und 67 des BRG 20 zu ziehen. Der dem § 81 I BetrVG entsprechende § 67 BRG wäre überflüssig gewesen,

1) Vgl. ArbG Frankfurt in BB 1954, 805; Dietz, BetrVG § 81 Anm. 3b.

2) Vgl. Flatow, BRG § 67 Anm. 1; Stier-Somlo, BRG § 67 Anm. 2; Engler, BRG Hess. § 32 Anm. 6; Mansfeld, BRG § 67 Anm. 2; Arras in BB 1953, 62; Dietz, BetrVG § 81 Anm. 16; Löffler in NJW 1954, 491; Fitting-Kraegeloh, BetrVG § 81 Anm. 4; Galperin, BetrVG § 81 Anm. 2; Rewolle-Köst, Handkomm. 1954 § 81 Anm. 1; Maurer, AR-Blattei-TB-B II 4; Hueck-Nipperdey, ArbR II S 706; Nipperdey in Rvdirlav 1953, 632, 633; LAG Mannheim in BB 1954, 532; LAG Freiburg in AP 51 Nr. 38; Arras in RdA 1954, 459; ArbG Frankfurt in BB 1954, 805; Bührig, Handb. der BetrVerf. § 81 Erl. 2.

da § 66 BRG AN-Beteiligungsrechte überhaupt nur in Betrieben mit wirtschaftlichen Zwecken gewährte¹⁾. Entscheidend für die Zweckbestimmung ist also die Art der Unternehmensleistungen, nicht das Mittel ihrer Durchführung. Besteht der Inhalt der Unternehmensleistungen in der Befriedigung solcher ideeller Bedürfnisse, wie sie in § 81 I aufgezählt sind, so handelt es sich auch dann um einen TB, wenn die Durchführung dieses Zwecks auf wirtschaftlicher Basis mit Gewinnerzielung erfolgt. Es muß aber der verfolgte Zweck äußerlich in Erscheinung treten, also für den objektiven Betrachter erkennbar sein, und das wirtschaftlich-materielle Moment innerhalb des Unternehmens muß den geistig-ideellen Zielen untergeordnet sein, andernfalls dürfte der Fall des § 81 I nicht vorliegen²⁾.

Die geistig-ideelle Tendenz geht auch dadurch nicht verloren, daß eine vom Standpunkt des ideellen Zieles erstrebenswerte Maßnahme aus rein wirtschaftlichen Überlegungen unterbleibt³⁾. Die Forderung, in einem TB müsse das technisch-materielle dem geistig-ideellen Ziel dienen, darf nicht zur wirtschaftlichen Selbstvernichtung führen. Vielmehr muß für die Bejahung eines Falles des § 81 I genügen, daß die ideellen Bestrebungen im Rahmen des wirtschaftlich Möglichen verfolgt werden⁴⁾.

Allerdings läßt sich sehr wohl die Meinung vertreten, daß ein TB dann nicht mehr angenommen werden kann, wenn die Verfolgung der ideellen Zielsetzung laufend aus kaufmännischen und wirtschaftlichen Überlegungen unterbleibt, denn dann unterbleibt nicht mehr eine aus ideellen Gesichtspunkten erstrebenswerte Maßnahme infolge wirtschaftlicher Überlegungen, sondern in diesem Falle dient das Unternehmen in seiner

1) Vgl. Nipperdey in Rvdirlav 1953, 654.

2) Vgl. schon Mansfeld, BRG § 67 Anm. 2.

3) Vgl. Dietz, BetrVG § 81 Anm. 16; Löffler in NJW 1954, 491; Erdmann, BetrVG § 81 Anm. 4.

4) Es ist daher zumindest irreführend, wenn Heihoff in Diss. S. 23 ausführt, daß die wirtschaftliche Richtung des "normalen" Unternehmens für den TB ohne Bedeutung ist, da hierfür nur die besondere geistig-ideelle Tendenz in Betracht käme.

Gesamtheit nicht mehr der geistig-ideellen Zweckbestimmung.

Gleichgültig ist es, mit welchen Mitteln im Einzelfall die Tendenz verfolgt wird, ob durch Wort (z.B. Parteisekretariat, Bühne, Schulen), durch Schrift (z.B. Presse, Bibliotheken, Film, Fernsehen), Gemälde oder Plastiken (z.B. Museen, Kunstaussstellungen)¹⁾.

Unerheblich ist schließlich auch die s p e z i e l l e Richtung und die A r t der einzelnen, im § 81 I aufgezählten Tendenzen. Solange z.B. eine schutzwürdige politische oder künstlerische Tendenz erkennbar zutage tritt, kann es nicht darauf ankommen, um w e l c h e politische Richtung und um welche Art von Kunst es sich dabei handelt²⁾.

2. Träger der Zweckbestimmung.

Die Erkenntnis, daß die Sonderstellung der Tbe ausschließlich nur der Tendenz des Unternehmens zugute kommt, dagegen nicht dem Unternehmen als solchem oder dem Inhaber - sei es nun eine natürliche Person, eine juristische Person oder eine Personenmehrheit³⁾ -, muß zu dem Schluß führen, daß der eigentliche T r ä g e r der im Gesetz geschützten Tendenz einzig und allein das Unternehmen ist, unabhängig davon, ob diese Tendenz mit den geistig-ideellen Bestrebungen des Inhabers übereinstimmt oder nicht. Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß es meistens die Person des Inhabers sein wird, die eine nunmehr weiter zu verfolgende Richtung angibt. Diese besondere Zielsetzung muß nämlich durchaus nicht immer mit den persönlichen Anschauungen und Zielen des Unternehmers übereinstimmen. Sie ist losgelöst von seiner Person, abstrahiert von seinen persönlichen Anschauungen zu betrachten⁴⁾.

1) Vgl. schon Mansfeld, BRG § 67 Anm. 2; Enfler, BRG Hess. § 32 Anm. 6.

2) Vgl. schon Mansfeld, BRG § 67 Anm. 2.

3) Vgl. Endemann in BfArbR 1954, 365; Galperin in Börsenblatt 1953, 177.

4) Vgl. auch Klein in BB 1956, 755 ff.

Wohl hat die ideelle Richtungsangabe ihren Ursprung in einer Willensentscheidung des Unternehmers, ein TB ist aber erst dann anzunehmen, wenn diese Richtungsangabe im Unternehmen selbst ihren Niederschlag gefunden, sich insoweit "objektiviert" hat¹⁾. Ob diese Voraussetzungen gegeben sind, kann nicht auf Grund der subjektiven Vorstellung des Inhabers oder einer nicht verwirklichten Satzungsbestimmung geprüft werden, sondern nur vom Standpunkt eines außenstehenden, objektiven Betrachters²⁾. Diesem ohne besondere Fachkenntnisse, aber mit ausreichender Sachkunde versehenen Betrachter muß die besondere Tendenz des Unternehmens erkennbar sein.

Ein a n d e r e s Ergebnis würde dazu führen, daß es praktisch nur noch TBe gäbe, denn wenn es für die Bejahung der Eigenschaft eines TBes auf die Weltanschauung des Inhabers ankäme, so wäre nur dasjenige Unternehmen kein TB, dessen Inhaber weltanschaulich völlig indifferent eingestellt ist, ein Fall, der kaum denkbar ist³⁾.

Man kann sich auch nicht vorstellen, daß die persönliche, individuelle Privatsphäre des Unternehmers für die Rechtsordnung innerhalb der von ihm geführten Betriebe maßgebend sein soll. Betreibt z.B. ein rein merkantil denkender Geschäftsmann ein Unternehmen mit karitativem Charakter, so ändert das nichts an der karitativen Tendenz des Unternehmens, denn diese ist von den Anschauungen des Inhabers losgelöst, wird keinesfalls von dessen "Gewinnerzielungstendenz" überschattet oder aufgehoben⁴⁾.

Andererseits ist es durchaus denkbar, daß eine politische Partei oder eine Gewerkschaft einen reinen Gewerbebetrieb unterhält, d.h. durch privatwirtschaftliche Tätigkeit ausschließlich eine Gewinnerzielungsabsicht verfolgt. Dieser Betrieb wird dann nicht deshalb zum TB, weil sein Inhaber sich p e r s ö n l i c h weltanschaulich nach einer bestimmten Richtung gebunden

1) Vgl. Heihoff, Diss. S. 24.

2) So Arras in BB 1953, 63; Heihoff, Diss. S. 19.

3) Vgl. Hessel in BB 1956, 406.

4) Vgl. Reuss in RdA 1956, 211.

fühlt. Auch auf Grund dieser Überlegung kommt man zu dem Ergebnis, daß es allein auf die von der Tendenz des Inhabers abstrahierte Zielsetzung des Unternehmens selbst ankommt.

Diese Erkenntnis wird schließlich noch durch die Tatsache bestätigt, daß es Unternehmen gibt, die bereits seit Jahrzehnten stets die gleiche Tendenz verfolgen, bei denen die Durchsetzung altüberlieferter Zielsetzungen zur "Tradition des Hauses" geworden ist. Solange derartige Unternehmen eine vom Gesetz geschützte Zielsetzung verfolgen, bleiben sie TB, und es kommt nicht darauf an, wieviele Inhaber sich in der Unternehmensführung abgelöst haben und welcher persönlichen Weltanschauung sie folgten.

Für die Prüfung der Tendenzeigenschaft eines Unternehmens ist lediglich die ihm einmal gegebene und konsequent weiter verfolgte, nach außen hin erkennbare, geistig-ideelle Richtung von Bedeutung.

3. Die Dauer der Zweckbestimmung.

Von einer bestimmten geistig-ideellen Richtung eines Unternehmens kann sicher nur dann gesprochen werden, wenn der einmal eingeschlagene Weg über eine angemessene Zeit hinweg verfolgt wird. Die Tendenz darf nicht allzu kurzlebig sein, denn sonst kann man nicht von einer Zielsetzung des Unternehmens sprechen, oder davon, daß das Unternehmen einer Zweckbestimmung i.S. des § 81 I d i e n t . Die Frage, wie lange im Einzelfall eine oder mehrere der Tendenzen des § 81 I verfolgt werden müssen, damit das Unternehmen als TB angesehen werden kann, ist sicherlich nicht generell zu beantworten. Ein wesentlicher Gesichtspunkt dürfte die Prüfung sein, ob die infolge der unternehmerischen Willensentschließung zustande gekommene Richtungsbestimmung des Unternehmens schon solange durchgeführt wurde, daß sie für den außenstehenden, objektiven Betrachter erkennbar geworden ist¹⁾. Ferner muß auf eine gewisse U n t e r o r d - n u n g des technisch-wirtschaftlichen Zweckes unter den geistig-ideellen geschlossen werden können.

1) Vgl. Heihoff, Diss. S. 22.

Das ist aber dann nicht mehr möglich, wenn ein in kurzen Zeitabständen aufeinander folgender Wechsel zwischen geistigen und materiellen Zielsetzungen festzustellen ist und jeweils das gesamte Unternehmen von diesem Wechsel ergriffen wird. Eine derartige Erscheinung muß zur Ziellosigkeit und damit zur Tendenzlosigkeit führen. Als Beispiel könnte man hier an diejenigen selbständigen Reklame- und Akzidenzdruckereien denken, die ziel- und wahllos über relativ kurze Zeitspannen hinweg unter anderem auch einmal einen Tendenzauftrag hereinnehmen und ausführen. Dies gilt allerdings nicht für die Zeitungslohndruckereien und für solche Druckereien, die Tendenzaufträge mit dem gesamten Unternehmen oder einem Teil des Unternehmens über längere Zeitspannen hinweg ausführen (näheres vgl. unten zu § 2 A III 4).

Natürlich bleibt ein Unternehmen trotz ständigen Wechsels der Tendenz dann TB i.S. des Gesetzes, wenn es sich bei den abwechselnd eingeschlagenen Richtungen nur um geistig-ideelle Richtungen des § 81 I handelt.

4. Die Rechtsform des Unternehmens.

Nach h.M. ist es für die Beantwortung der Frage, ob im Einzelfalle ein TB vorliegt, nicht entscheidend, welche Rechtsform das Unternehmen nach außen angenommen hat¹⁾. Es kann sich also um ein Einzelunternehmen oder um ein Unternehmen, das von einer Organisation betrieben wird, eine Gesellschaft oder einen Verein, eine Genossenschaft, um eine juristische Person des privaten oder des öffentlichen Rechts handeln, immer ist allein entscheidend der Charakter der dem außenstehenden Betrachter erkennbaren geistig-ideellen Zielsetzung, der das Unternehmen dient.

1) So schon Platow, BRG § 67 Anm. 1; Mansfeld, BaG § 67 Anm. 1; Stier-Somlo, BRG § 67 Anm. 2; Beschluß des Sächsischen Arbeitsministeriums v. 17.3.1923 in NZf ArbR 1923, 563 ff; ferner Engler, BRG Hess. § 52 Anm. 4; Erdmann, BetrVG § 81 Anm. 4; Arras in BB 1953, 62; Pitting-Kraegeloh, BetrVG § 81 Anm. 4; IAG Freiburg in AP 51 Nr. 38 S. 120; Bührig, Handb. der BetrVerf. § 81 Erl. 2.

Etwas anderes ist es, wenn der Geltungsbereich des BetrVG gegenüber dem des PersVG abgegrenzt werden soll. Dann nämlich ist auf die Rechtsform abzustellen. Alle Unternehmen mit **p r i v a - t e r** Rechtsform unterliegen dem BetrVG, solche mit **ö f f e n t - l i c h e r** Rechtsform dem PersVG, bzw. den entsprechenden Bestimmungen der Betriebsrätegesetzgebung der Länder oder dem LAG Nr. 22 (vgl. oben § 211 f. u. ob).

III. Tendenzbetrieb und Produktionsbetrieb.

1. Abgrenzung zwischen reinen Tendenzbetrieben und reinen Produktionsbetrieben.

Es ist ohne weiteres einleuchtend, daß eine Abgrenzung der extremen Fälle keinerlei Schwierigkeiten bereiten wird. Ein reines Produktions- oder Handelsunternehmen, dessen Tätigkeit rein **m a t e r i e l l** ausgerichtet ist, das nur den Prinzipien der Rentabilität, Gewinnerzielung und Umsatzsteigerung dient, kann nicht ein solches sein, dem der Gesetzgeber aus zwingenden Gründen eine Ausnahmestellung geben wollte, denn dies ist ja gerade der Typus des **n o r m a l e n** Unternehmens. Für ein derartiges Unternehmen müssen jedenfalls die von der staatlichen Ordnung anerkannten und vom Gesetzgeber im BetrVG sanktionierten Beteiligungsrechte der AN im vollen Umfange gelten. Diese Unternehmen sind als solche auch ohne weiteres zu erkennen, da sie überhaupt keine wahrnehmbaren geistig-ideellen Ziele verfolgen, es also keine geistigen Konflikte innerhalb des Arbeitsverhältnisses geben kann. Die Tendenz derartiger Unternehmen liegt auf einer ganz anderen Ebene¹⁾.

Andererseits leuchtet ein, daß Unternehmen, die sich ausschließlich in den Dienst der geistig-ideellen Ziele stellen, die den

1) Wenn derartige Unternehmen im Rahmen dieser Untersuchungen "Produktionsbetriebe" genannt werden, dann nur deshalb, um für den eingebürgerten Begriff "Tendenzbetriebe" schon im Ausdruck einen leicht zu erfassenden Gegensatz zu schaffen. "Produktionsbetriebe" sind solche Unternehmen, auf die der § 81 I keine Anwendung findet. Damit soll aber nicht gesagt werden, daß in "Tendenzbetrieben" nicht produziert werden kann.

gesamten technischen, organisatorischen und wirtschaftlichen Apparat dieser Zielsetzung unterordnen, Ausnahmen darstellen, die so sehr von dem oben geschilderten normalen Typus des ausschließlich wirtschaftlich ausgerichteten Unternehmens abweichen, daß eine betriebsverfassungsrechtliche Sonderstellung, wie sie der § 81 I durchgeführt hat, gerechtfertigt erscheint.

Wann im einzelnen dieser nach der anderen Seite hin extreme Fall vorliegt, ist ebenfalls durch den außenstehenden, objektiven Betrachter relativ leicht zu erkennen, da in solchen Fällen das geistig-ideelle Gepräge, die weltanschauliche Richtung, offen zutage tritt, und Konflikte zwischen dieser Unternehmenstendenz und den Bestrebungen andersgesinnter AN unvermeidbar sind.

K r ü g e r ¹⁾ spricht in diesem Zusammenhang von einem "gewissenskonfliktsgeneigten Betrieb".

2. Der Mischbetrieb.

a.) Problemstellung.

In der Praxis des Wirtschaftslebens mit seiner Vielschichtigkeit und Vielgestaltigkeit ist es aber durchaus nicht so, daß ein Unternehmen entweder nur geistig-ideelle oder nur materielle Ziele verfolgt. Es kommt vielmehr häufig vor, daß ein Unternehmen sowohl materiell, als auch geistig-ideell zweckbestimmt ist. Man kann es sogar durchaus als Regelfall bezeichnen, daß ein Unternehmen mit geistig-ideeller Zielsetzung außerdem auch noch materiell-wirtschaftliche Ziele verfolgt. Genauso, wie ein "hundertprozentiger" Idealist im vornehmlich materiell ausgerichteten Alltag kaum erfolgreich bestehen kann, ist ein ausschließlich geistig orientiertes Unternehmen im primär nach materiellen Prinzipien bestimmten Wirtschaftsleben praktisch nicht lebensfähig, da es ohne die wirtschaftlichen und tech-

1) In RdA 1954, 374. Allerdings kommt es beim TB primär auf die von der Tendenz des Unternehmers abstrahierte Unternehmenstendenz an, nicht wie Krüger annimmt, auf "das Gewissen des Arbeitgebers". Letzteres wird nur in den Fällen mittelbar geschützt, wo es mit der Unternehmenstendenz identisch ist.

nischen Fundamente garnicht in der Lage ist, die geistigen Ziele erfolgreich durchzusetzen.

Es finden sich also in den meisten TBen gleichzeitig auch Merkmale von normalen Produktionsbetrieben. Umgekehrt kann man aber nicht sagen, daß sich in jedem rein materiell ausgerichteten Unternehmen auch Merkmale eines TBes finden, denn ein Unternehmen ist auch dann - u.U. gerade deshalb erst - lebensfähig, wenn es keiner der Bestimmungen des § 81 I dient.

Für derartige Unternehmen hat sich der Ausdruck "Mischbetriebe" eingebürgert, da hier tendenzbestimmte und tendenzfreie Zielsetzungen gleichzeitig, gewissermaßen g e m i s c h t , auftreten. An dieser Stelle sei erneut darauf hingewiesen, daß entgegen logisch-wissenschaftlichen Bedenken der Ausdruck "Mischbetrieb" beibehalten werden soll, und zwar aus reinen Zweckmäßigkeitserwägungen. Richtiger wäre zwar der Ausdruck "Mischunternehmen", "Unternehmen mit gemischter Zweckbestimmung" oder "gemischt-tendenzbestimmtes Unternehmen", eine derartige Umbenennung hätte aber kaum Aussicht, sich im Sprachgebrauch der arbeitsrechtlichen Praxis durchzusetzen (vgl. Erörterungen oben zu § 1 B).

Die Diskussionen und Erörterungen über die Mischbetriebe in Wissenschaft und Praxis des Arbeitsrechts sind gekennzeichnet von der Suche nach solchen Gesichtspunkten, die eine Abgrenzung zwischen TBen und Produktionsbetrieben in den Bereich des Möglichen rücken.

Zur Zeit der Geltung des BRG 2o war das Problem der Mischbetriebe zwar auch schon bekannt¹⁾, es hatte jedoch nicht die Bedeutung, die es heute unter der Herrschaft des BetrVG erlangt hat, und zwar einfach deshalb nicht, weil der § 67 BRG 2o hinsichtlich seiner Auswirkungen nicht lediglich an die Feststellung anknüpfte, daß ein TB vorliegt, sondern in j e d e m Falle die Tendenzbedingtheit der Einzelmaßnahme verlangte.

In Unternehmen mit geringem Anteil an Tendenztätigkeit waren demzufolge die im § 66 Z. 1 und 2 BRG 2o gewährten Beteiligungs-

1) Vgl. Stier-Somlo, BRG § 67 Anm. 2; Goerring in ArbGeb 1921, 376 und in ArbGebZ 1921 Nr. 45.

rechte der AN nur in seltenen Fällen ausgeschlossen.

Anders ist es jetzt im § 81 I BetrVG. Hier wird allein an die Feststellung, daß ein TB vorliegt, die immerhin beachtliche Wirkung geknüpft, daß in w i r t s c h a f t l i c h e n Angelegenheiten die AN-Beteiligungsrechte völlig ausgeschlossen werden. Es kommt also viel entscheidender als im § 67 BRG 20 auf die Abgrenzung zwischen TBen und Produktionsbetrieben an, da das Regulativ des § 81 I 2 "... soweit die Eigenart dieser Bestrebungen es bedingt" im § 81 I 1 BetrVG fehlt.

Als besonders anschauliches Beispiel eines Mischbetriebes werden oft Verlage genannt, die teils neutrale Presseerzeugnisse (Adressbücher, Fahrpläne, Kalender, Kataloge, Formulare etc.), teils politisch tendenzbestimmte Zeitungen herausgeben.

Die Meinungen im Schrifttum und in der Rechtsprechung lassen sich in zwei Grundrichtungen einteilen.

b.) Die Methode des vergleichenden Abwägens.

Nach dieser Methode muß man bei der Abgrenzung zwischen TB und Produktionsbetrieb eine vergleichende A b w ä g u n g der tendenzbestimmten und der tendenzfreien Geschäfte des Unternehmens vornehmen. Innerhalb dieser einen Grundrichtung ist man aber wieder verschiedener Ansicht darüber, welche Gesichtspunkte im konkreten Einzelfall bei der vergleichenden Abwägung die entscheidende Rolle spielen sollen. Folgende Merkmale werden in diesem Zusammenhang genannt:

aa.) Die Intensitätstheorie.

Das ArbG Hagen führt in seinem Beschluß vom 7.4.1953¹⁾ aus, daß es entscheidend darauf ankommt, wo die u r e i g e n s t e Aufgabe innerhalb des Gesamtunternehmens liegt. Hat es sich in erster Linie die Verwirklichung einer der in § 81 I aufgezählten Ziele z u r A u f g a b e gemacht, so ist es gezwungen, außer auf wirtschaftliche oder kaufmännische Gesichtspunkte vor allem auf die geistig-ideelle Tendenz selbst Rücksicht zu nehmen,

1) In BB 1953, 767; ArbG Stuttgart in ARSt VIII Nr. 680.

da sonst die gestellte Aufgabe nicht durchgeführt werden kann. In diesem Falle ist der Mischbetrieb ein TB i.S. des § 81 I¹⁾.

Ist die im Vordergrund stehende Aufgabe aber die Verwirklichung kaufmännischer und wirtschaftlicher Ziele, so ändert ein etwaiger Wechsel in der Person des Inhabers oder des Gegenstandes der Produktion hieran nichts. Die Interessen der ArbGeb und AN gehen als Teile *e i n e s* Wirtschaftsorganismus den gleichen Weg, mit der Folge, daß ein TB abzulehnen und ein normaler Produktionsbetrieb mit vollen AN-Beteiligungsrechten anzunehmen ist.

bb.) Die "Theorie des Überwiegens"²⁾.

Hier wird darauf abgestellt, welcher Geschäftszweig innerhalb des Gesamtunternehmens *ü b e r w i e g t*. Bei einem TB überwiegt die geistig-ideelle Zielsetzung gegenüber der technisch-materiellen, bei einem Produktionsbetrieb hingegen überwiegt das technisch-materielle gegenüber dem geistig-ideellen Bestreben³⁾.

Nach dieser Meinung hat der außenstehende, objektive Betrachter also eine Prüfung darüber anzustellen, wo das *S c h w e r g e - w i c h t* des Unternehmens liegt, in der materiellen Sphäre oder in der geistigen. Bei dieser Prüfung ist dann ein TB anzunehmen, wenn der tendenzbestimmte Teil des Unternehmens tatsächlich ein wesentliches, gegenüber dem tendenzfreien Teil *ü b e r w i e g e n d e s* Merkmal darstellt.

cc.) Die Theorie des Umsatzes.

Diese Meinung ist streng genommen ein Unterfall der Theorie des Überwiegens. Sie stellt darauf ab, bei welcher Geschäftsart

1) Nach Bührig, Handb. der BetrVerf. § 81 Erl. 3 liegt nur dann ein TB vor, wenn die Verfolgung geistig-ideeller Ziele "wesentlicher Betriebszweck" ist.

2) Bezüglich des Ausdrucks vgl. Löffler in NJW 1954, 492.

3) Vgl. Fitting-Kraegeloh, BetrVG § 81 Anm. 5; Galperin, BetrVG § 81 Anm. 9; Heihoff, Diss. S.56, der sein Ergebnis wahrscheinlich auf den Beschluß des IAG Freiburg in AP 51 Nr.38 stützt, hierbei aber übersieht, daß diese Entscheidung im Beschlußverfahren über §§ 21, 24 II Bad BRG erging. § 24 II Bad BRG stimmt aber mit § 81 I BetrVG gerade in dem hier wesentlichen Punkt nicht überein, denn er fordert stets die Tendenzbedingtheit der einzelnen Maßnahme; ferner Bobrowski, ArbR S.429.

innerhalb eines Mischbetriebes der höhere U m s a t z erzielt oder die größere Anzahl von ANn beschäftigt wird. Je nachdem, ob dies innerhalb des materiellen oder des geistig-ideellen Teils der Fall ist, muß ein TB angenommen oder abgelehnt werden.

c.) Die Theorie von der absoluten Vorrangstellung der Unternehmenstendenz.

Die Verfechter dieser Meinung stehen auf dem Standpunkt, daß eine vergleichende Abwägung der tendenzbestimmten und der tendenzfreien Wirkungsbereiche innerhalb eines Mischbetriebes fehl am Platze ist, vielmehr schon die geringste Spur einer geistig-ideellen Zweckbestimmung genügt, um die Schutzwirkungen des § 81 I auszulösen¹⁾. Nach dieser Meinung ist also grundsätzlich jeder Mischbetrieb ein TB i.S. des Gesetzes. Dieses Ergebnis wird auf die Überlegung gestützt, daß eine quantitative Abwägung von tendenzbestimmter und tendenzfreier Sphäre deshalb unangebracht ist, weil es an der Voraussetzung für eine Vergleichbarkeit, nämlich an der G l e i c h w e r t i g k e i t der Rechtsgüter, fehlt. Es sei von vornherein der Wille des Gesetzgebers gewesen, die in § 81 I aufgezählten Tendenzen gegenüber den AN-Beteiligungsrechten als die höherwertigen Rechtsgüter in ihrem Bestand zu garantieren und ihnen auch auf Kosten der AN-Beteiligungsrechte zum Siege zu verhelfen. Immer dort, wo schutzwürdige Tendenzen erkennbar seien, dürften sie selbst dann nicht beeinträchtigt werden, wenn die tendenzbestimmte Tätigkeit im Vergleich zur tendenzfreien einen sehr geringen Prozentsatz ausmacht.

d.) Kritische Stellungnahme.

Da es von erheblicher praktischer Bedeutung ist, ob ein Unternehmen im Einzelfalle als TB anzusehen ist oder nicht, und die

1) Vgl. Löffler in NJW 1954, 492; LAG Baden in Mannheim in BB 1954, 532; Arras in RdA 1954, 460 und BB 1953, 63; Endemann in BfArbR 1954, 367; Nipperdey in Rvdirlav 1953, 634; BAG in AP 55 Nr. 1 zu § 81 BetrVG lehnt zwar eine isoliert durchgeführte quantitative Betrachtungsweise ab, hat aber in dieser entscheidenden Frage keine klare Stellung bezogen.

beiden aufgezeigten Grundrichtungen zu völlig verschiedenen Ergebnissen gelangen, müssen die Bedingungen dafür sein, eine befriedigende und praktikable Lösung zu finden.

Die zuerst erwähnte "Methode des vergleichenden Abwägens" berücksichtigt die Tatsache nicht genügend, daß der Gesetzgeber bei der Schaffung des Tendenzschutzes innerhalb der Betriebsverfassung keineswegs nur die Betriebe erfassen wollte, die "in ihrem überwiegenden Teil" oder "im wesentlichen" tendenzbestimmte Ziele verfolgen. Zwar machte der Entwurf der Bundesregierung "eines Gesetzes über die Neuordnung der Beziehungen von Arbeitnehmern und Arbeitgebern in den Betrieben (BetrVG) vom 31.10.1950¹⁾ in seinem § 98 I das Eingreifen eines Tendenzschutzes noch davon abhängig, daß der Betrieb "im wesentlichen" den angeführten Tendenzen dient, und selbst in der Begründung des "Entwurfes eines Betriebsverfassungsgesetzes in der Fassung der Beschlüsse der Ausschüsse für Arbeit und für Wirtschaftspolitik vom 8.7.1952", als der § 81 bereits in seiner heute geltenden Form formuliert war, wurde in der offiziellen Begründung²⁾ noch ausgeführt, daß unter den in § 81 I aufgeführten TBen solche zu verstehen seien, die "überwiegend" den aufgezählten Zielen dienen. Schließlich hat sich auch die parlamentarische Opposition im 1. Bundestag bis zum Schluß darum bemüht, daß dieses gewichtige Wörtchen "überwiegend" oder "im wesentlichen" noch in das Gesetz aufgenommen wird und daß § 81 I BetrVG - ähnlich dem § 32 II Hess BRG - dahin ergänzt wird, daß ein Betrieb, der "in der Hauptsache" auf einen Erwerbszweck gerichtet ist, nicht als TB gelten soll³⁾. Dieser Änderungsantrag wurde jedoch von der parlamentarischen Mehrheit abgelehnt. Daraus folgt, daß der Gesetzgeber bei der Verabschiedung dieser Bestimmung nicht nur die Unternehmen erfassen wollte, die in ihrem überwiegenden Teil tendenzbestimmt sind, denn sonst hätte der Änderungsantrag der Opposition keine derart eindeutige Ablehnung erfahren⁴⁾.

1) BT, 1. WP 1949, Drucksache Nr. 1546 S. 32.

2) BT, 1. WP 1949, Drucksache Nr. 3585 S. 18 und 35.

3) BT, 1. WP 1949, 225. Sitzung v. 17.7.1952, Abg. Dr. Preller zum Änderungsantrag der SPD, Sten. Ber. S. 10085.

4) Vgl. BT, 1. WP 1949, 225. Sitzung v. 17.7.1952, Abg. Dr. Vogel (CDU) zum Änderungsantrag der SPD, Sten. Ber. S. 10086.

Angesichts dieser klaren Sachlage ist es auch fruchtlos, Erörterungen darüber anzustellen, ob es *zweckmäßig* gewesen wäre, eine derartige Einschränkung in das Gesetz aufzunehmen. Der Wille des Gesetzgebers geht dahin, daß es bei der Frage, wann ein Mischbetrieb ein TB i. S. des § 81 I ist, nicht darauf ankommen soll, ob der tendenzbestimmte oder der tendenzfreie Teil innerhalb des Gesamtunternehmens überwiegt¹⁾.

Alle Theorien, die das Problem der Mischbetriebe im Wege der quantitativen Abwägung lösen wollen - durch Bestimmung der Intensität, des Umfangs oder durch Messung der wirtschaftlichen Kraft der Tendenz - begehen den Fehler, daß sie eine gesetzliche Bestimmung entgegen dem erkennbar zutage getretenen Willen des Gesetzgebers auszulegen versuchen. Dieser Irrtum wird noch dadurch begünstigt, daß nahezu alle gesetzlichen Vorläufer des § 81 I BetrVG auch hinsichtlich der *wirtschaftlichen AN-Beteiligungsrechte* die Einschränkung der Tendenzbedingtheit der Einzelmaßnahme aufstellten, während im § 81 I 1 diese Einschränkung weggelassen wurde, so daß insoweit nun keinerlei konkrete Feststellungen mehr zu treffen sind hinsichtlich der Tendenzbedingtheit, vielmehr bei Bejahung der Wigenschaften eines TBs diese wirtschaftlichen Beteiligungsrechte in ihrer Gesamtheit kraft Gesetzes verfallen.

Die irrige Methode des quantitativen Abwägens beruht auch auf einer Unterbewertung der durch den § 81 I geschützten Rechtsgüter²⁾ und einer Verkennung des eigentlichen Zweckes dieses gesetzlichen Ausnahmetatbestandes. Sinn und Zweck dieser Vorschrift ist es, solche geistig-ideellen Richtungen, die in einem Unternehmen ihren erkennbaren Niederschlag gefunden haben, auch auf Kosten der sozialen Forderung der AN zu schützen. Den ANn soll es verwehrt sein, durch die ungehinderte Geltendmachung ihrer gesetzlichen Beteiligungsrechte diese besonderen Zielsetzungen zu hemmen oder zu vereiteln³⁾.

1) Vgl. schon Stier-Somlo, BRG § 67 Anm. 2; ferner Nipperdey in Rvdirlav 1953, 634; Hueck-Nipperdey, ArbR II S. 706.

2) Vgl. Löffler in NJW 1954, 492; Endemann in BlfArbR 1954, 367; Arras in RdA 1954, 460.

3) Vgl. schon Goerring in ArbGeb 1921, 376.

Der Gesetzgeber wollte also der dem Unternehmen einmal zugebilligte geistig-ideellen Tendenz klar ersichtlich eine Vorrangstellung einräumen gegenüber den AN-Beteiligungsrechten. Diese Vorrangstellung ist auch nicht etwa eine willkürliche, sie ergibt sich vielmehr zwingend aus der Erkenntnis, daß alle in § 81 I geschützten Tendenzen letztlich Ausdruck der geistigen Meinungsfreiheit sind. Den unbedingten und kompromißlosen Schutz dieser Meinungsfreiheit fordern schon die im GG festgelegten Grundrechte der Art. 2 I, 4 I, 5 I S. 1, 5 I S. 2, 5 III¹⁾. Unter den zuwiderlaufenden Interessen, die diese verfassungsmäßigen Freiheiten evtl. einschränken können, ist ein irgendwie geartetes Beteiligungsrecht der AN im GG nicht genannt. Da im BetrVG von einer derartigen Einschränkung auch nicht die Rede ist, muß davon ausgegangen werden, daß die verfassungsmäßigen Grundfreiheiten auch dem Unternehmer zugute kommen sollen, wenn er auf Grund freien Willensentschlusses seinem Unternehmen eine bestimmte geistig-ideelle Richtung gibt. Den Schutz dieser Tendenz soll der § 81 I übernehmen.

Es geht also letzten Endes um den Schutz und die Behauptung verfassungsmäßig garantierter Gr²⁾. Da das Rechtsgut "Meinungsfreiheit" von vornherein als höherrangig gegenüber dem Rechtsgut "Beteiligungsrechte der AN" anzusehen ist, muß eine vergleichende Abwägung beider Rechtsgüter als vom Gesetzgeber nicht gewollt angesehen werden (zur Ergänzung vgl. Erörterungen unten zu § 3 B I 2 b).

Schließlich erscheint als Erklärung für die hier abgelehnte Methode des quantitativen Abwägens auch noch die fälschliche Anknüpfung an den Begriff "Betrieb" im herkömmlichen Sinne. Stellt man sich z.B. ein größeres Unternehmen vor mit mehreren Geschäftszweigen, Abteilungen oder Betrieben, und es verfolgen einige dieser Unternehmensteile - die isoliert betrachtet völlig selbständig erscheinen mögen - Tendenzen des § 81 I, wäh-

1) Vgl. BAG in AP 55 Nr. 1 zu § 81 BetrVG.

2) Galperin in Börserblatt 1953, 177 sagt: "... mit der Tendenz wird somit im Grunde die Freiheit der geistigen Entfaltung der ideelle Zwecke verfolgenden Unternehmerpersönlichkeit i.S. des Art. 2 GG gewährleistet"; ferner Arras in BB 1953, 63 und RdA 1954, 459, der von dem "Primat der Grundrechte" spricht; vgl. auch Löffler in NJW 1954, 492; Hueck-Nipperdey, ArbR II S 706.

rend die übrigen Teile ausschließlich materiell zweckbestimmt sind, so liegt die Versuchung sehr nahe, bei der Beurteilung, ob das Gesamtunternehmen ein TB i.S. des § 81 I ist, die mehr oder weniger selbständigen Unternehmensteile (Betriebe) in den Mittelpunkt der Betrachtungen zu rücken und das wirtschaftliche Gewicht der tendenzbestimmten mit dem der tendenzfreien Betriebe vergleichend abzuwägen.

Nach dem Ergebnis der bisherigen Untersuchungen ist dieser Weg aber falsch. Man kommt erst garnicht in die Versuchung ihn zu beschreiten, wenn man erkannt hat, daß es für die Frage, ob der Tendenzschutz des § 81 I eingreift, stets auf den u n t e r - n e h m e r i s c h e n , letzten Zweck und nicht auf den unmittelbaren, arbeitstechnischen, b e t r i e b l i c h e n Zweck ankommt (vgl. auch Ausführungen oben zu § 1 B). Dann aber muß die Frage, ob der Sonderfall eines TBes vorliegt, vom Gesamtunternehmen her beurteilt werden, auch wenn die Tendenz nur in irgendeinem Teilbetrieb oder Unternehmenszweig hervortritt. Dann muß man zu dem Ergebnis kommen, daß die geistig-ideelle Tendenz gleichermaßen bedroht ist, gleichgültig, ob sie nun mit der ganzen Kapazität und dem technischen und wirtschaftlichen Apparat des Gesamtunternehmens verfolgt wird, oder lediglich mit einem Unternehmensteil. In beiden Fällen ist das Eingreifen des Tendenzschutzes erforderlich, und es darf nicht darauf ankommen, ob der Tendenzanteil innerhalb des Gesamtunternehmens von überragender Bedeutung ist oder nicht, ob er - je nach der Höhe des Umsatzes oder der Zahl der beschäftigten AN- überwiegt oder ob die Verwirklichung der geistig-ideellen Zielsetzung "ureigenste Aufgabe" des Unternehmens ist.

Die Auslegung des § 81 I dahingehend, daß ein TB auch dann anzunehmen ist, wenn innerhalb eines Gesamtunternehmens die schutzwürdige Tendenz nur in einem Teil zutage tritt, beschreitet auch kein Neuland. So weist A r r a s¹⁾ zutreffend darauf hin, daß sie Parallelen in verschiedenen vergleichbaren Gesetzesbestimmungen hat. Es muß z.B. in § 1 UnlWettbG nach h.M. die Handlung auch

1) In RdA 1954, 46o.

nicht "vornehmlich" oder "überwiegend" zu Wettbewerbszwecken erfolgen. Es genügt vielmehr, wenn diese Zwecke a u c h verfolgt werden. Im § 193 StGB bleibt der Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen auch dann bestehen, wenn nebenbei noch andere Zwecke verfolgt werden. Bei diesen Bestimmungen aus anderen Rechtsgebieten fordern Sinn und Zweck ebenfalls eine derartige Auslegung.

Die vereinzelt geäußerte Meinung, diese Auslegung sei überflüssig, da dasselbe Ergebnis schon unmittelbar aus dem Gesetzeswortlaut zu entnehmen ist¹⁾, vermag allerdings nicht zu überzeugen. Diese Ansicht geht nämlich davon aus, daß das Erfordernis der ü b e r w i e g e n d e n Tendenz schon deshalb nicht aufgestellt werden kann, weil der § 81 I nur von " d i e n e n " als dem weiteren und nicht von " v e r f o l g e n " als dem engeren Begriff spricht. "Dienen" könne man einer Tendenz auch dann, wenn nicht das gesamte Unternehmen teilnimmt, während zur "Verfolgung" einer Tendenz das Gesamtunternehmen engagiert sein müsse.

Ganz abgesehen davon, daß es eine nicht sehr glückliche Methode sein dürfte, von isoliert gestellten, leeren Begriffen ausgehend an die Auslegung gesetzlicher Bestimmungen heranzugehen (Wortinterpretation), anstatt den Sinn und Zweck der Vorschrift - unter Berücksichtigung ihrer historischen Entwicklung - in den Mittelpunkt der Betrachtungen zu rücken, erscheint es im hohen Maße fragwürdig, eine derart bedeutungsvolle Auslegung a l l e i n auf rein sprachliche Differenzierungen zwischen "dienen" und "verfolgen" zu stützen. Der Jurist sollte auf Grund zahlreicher gesetzlicher Beispiele aus allen Rechtsgebieten gewarnt sein, den Schlüssel zur Lösung im jeweils gebrauchten Ausdruck an sich zu suchen. Der Gesetzgeber hat schon des öftern bewiesen, daß er es nicht immer so peinlich genau nimmt mit der deutschen Sprache. Jedenfalls dürfte mit Sicherheit anzunehmen sein, daß der Gesetzgeber bei Erlass des § 81 I BetrVG nicht an derart ausgeklügelte Unterscheidungen sprachlicher Art gedacht hat.

Es ist also daran festzuhalten, daß im Falle eines Mischbetrie-

1) Vgl. Maurer, AR-Blattei-TB-B II 6.

bes für den Eintritt des Tendenzschutzes nicht eine vergleichende Abwägung des tendenzbestimmten Teils und des tendenzfreien Teils maßgebend sein kann. Vielmehr ist auch bei verhältnismäßig geringem Tendenzanteil am Gesamtunternehmen diese Tendenz ausschlaggebend, um den Gesetzeszweck der ungestörten Verfolgung der Tendenz zu gewährleisten.

Dieses Ergebnis wirft zwangsläufig Bedenken darüber auf, ob eine derart großzügige Anwendung des Tendenzschutzes nicht zu einer unbilligen, vom Gesetzgeber evtl. nicht gewollten Ausweitung des Kreises der TBe und damit zu einer Aushöhlung der im langwierigen und beschwerlichen Ringen erstrittenen AN-Beteiligungsrechte führen muß. In diesem Zusammenhang sind vor allem z w e i Haupteinwendungen zu beachten.

aa.) Ist es bei dieser großzügigen Auslegung dem Unternehmer eines völlig tendenzfreien Unternehmens nicht allzu leicht gemacht, durch "pro-forma Hereinnahme"¹⁾ einer Tendenz des § 81 I die Ausschaltung der wirtschaftlichen AN-Beteiligungsrechte zu erreichen? So könnte z.B. jeder Katalogverlag, jede Formular-druckerei allein zu d i e s e m Zwecke einige Tendenzaufträge (etwa den Druck eines katholischen Sonntagsblattes oder eines wissenschaftlichen Werkes) hereinnehmen und sich dadurch die Sonderstellung des § 81 I erschleichen. Würde es in solchen Fällen des arglistigen Erschleichens des Tendenzschutzes nicht wider Treu und Glauben verstoßen²⁾, wollte man derartigen Unternehmen die Eigenschaft eines TBes zuerkennen?

bb.) Der zweite Einwand geht dahin, daß man auch dann nicht mehr von einem TB sprechen kann, wenn die Tendenz zwar nicht arglistig mit dem Vorsatz der Erschleichung des Tendenzschutzes eingeführt wurde, wenn aber der Tendenzanteil gegenüber der Richtung des Gesamtunternehmens völlig b e d e u t u n g s - l o s ist. Dies sei dann der Fall, wenn dem Tendenzanteil gemessen an der Gesamttätigkeit kein solches Gewicht zukommt, daß man bei objektiver Betrachtung noch sagen kann, das Gesamtunter-

1) Vgl. BT, 225. Sitzung, Abg. Dr. Preller (SPD) zum Änderungsantrag der SPD, Sten. Ber. S. 10086.

2) Vgl. ArbG Frankfurt in BB 1954, 804.

nehmen " d i e n e " dieser Tendenz¹⁾.

Das Eingehen auf diese beiden gewichtigen Argumente ist zugleich eine kritische Stellungnahme zur "Theorie von der absoluten Vorrangstellung der Tendenz", von der Ansicht also, daß selbst die geringste Spur einer geistig-ideellen Richtung innerhalb eines Unternehmens den Tendenzschutz des § 81 I auslöst.

Zu den beiden Einwendungen ist zunächst zu sagen, daß auf dem weiten Feld der s o z i a l e n und p e r s o n e l l e n Angelegenheiten die Befürchtung einer Aushöhlung der AN-Beteiligungsrechte schon wegen des § 81 I 2 nicht so sehr akut sein kann. Hier erfolgt bei Mischbetrieben von selbst ein gewisser Ausgleich. Je geringer nämlich der Umfang der Tendenztätigkeit ist, umso weniger werden die Einzelmaßnahmen des ArbGbs auf dieser Tendenz beruhen, umso seltener also wird die Unternehmens-tendenz einer Geltendmachung der AN-Beteiligungsrechte entgegenstehen²⁾.

Hinsichtlich der w i r t s c h a f t l i c h e n Beteiligungsrechte allerdings fehlt dieser Ausgleich (§ 81 I 1 BetrVG). Es ist allein schon aus diesem Grunde wichtig, klare und allgemein gültige Gesichtspunkte herauszuarbeiten.

Zur o b j e k t i v e n Abgrenzung zwischen TB und Produktionsbetrieb trägt jene Erkenntnis, daß im Falle einer vorsätzlichen Verschleichung des Tendenzschutzes durch "pro-forma Hereinnahme" einer Tendenz die allgemeinen Rechtsgrundsätze von Treu und Glauben und unzulässiger Rechtsausübung es dem Unternehmer verbieten, sich auf die von ihm erschlichenen Wirkungen des § 81 I zu berufen, nichts Entscheidendes bei. Es bleibt nämlich auch weiterhin unklar, ob eine derartige s u b j e k t i v e Absicht bewirken soll, daß vom o b j e k t i v e n

1) Vgl. ArbG Frankfurt in BB 1954, 804; Löffler in NJW 1954, 492; Maurer, AR-Blattei-TB-B II 6; Endemann in BlfArbR 1954, 367, der aber verkennt, daß das ArbG Frankfurt die beiden Einwendungen (pro-forma Hereinnahme einer Tendenz und völlig bedeutungsloser Tendenzanteil) unterscheidet.

2) Vgl. Löffler in NJW 1954, 492; Endemann in BlfArbR 1954, 367; Maurer, AR-Blattei-TB-B II 6.

Standpunkt aus gesehen der Mischbetrieb dann kein TB i.S. des § 81 I ist, oder ob gemäß dem Grundsatz, daß j e d e r Mischbetrieb ein TB sein muß, o b j e k t i v gesehen sehr wohl ein TB vorliegt, es dem Unternehmer aber wegen seines Verstoßes gegen Treu und Glauben verwehrt ist (unzulässige Rechtsausübung), sich auf die Wirkungen des § 81 I zu berufen.

Die Lösung liegt wohl in der Erkenntnis, daß es dem Gesetzgeber im § 81 I weder auf den Schutz bestimmter Unternehmen noch unmittelbar auf den Schutz der persönlichen Weltanschauung des Unternehmers ankam, sondern ausschließlich auf den Schutz der geistig-ideellen Unternehmenstendenz. In logisch-konsequenter Fortführung dieser Gedanken muß man zu dem Schluß kommen, daß auch diejenige Tendenz schutzwürdig ist, die vom Unternehmer mit der Absicht eingeführt wird, die Wirkungen des § 81 I 1 auszulösen, also die wirtschaftlichen AN-Beteiligungsrechte völlig auszuschließen. Das M o t i v , das bei der Hereinnahme der Tendenz maßgebend ist - also rein subjektive Merkmale - kann für die nur nach o b j e k t i v e n Gesichtspunkten zu beurteilende Frage, ob ein TB vorliegt oder nicht, keine Bedeutung haben. Hierfür ist die dem Unternehmen verliehene Zielsetzung allein entscheidend. Diese aber ist losgelöst von der Person des Unternehmers, mag sie auch im Einzelfalle mit seinen persönlichen Ansichten übereinstimmen, folglich auch losgelöst von den M o t i v e n , die den Unternehmer bei der Einführung der Tendenz in das Unternehmen bewegten¹⁾.

Nimmt also ein an sich tendenzfreies Verlagsunternehmen wissenschaftliche oder religiöse Werke mit in seinen Tätigkeitsbereich auf, nur um die Beteiligungsrechte der AN einzuschränken, so greift der Tendenzschutz des § 81 I genauso ein, wie wenn der Unternehmer bei der Einführung der Tendenz "ehrliche" Absichten gehabt hätte, denn die Unternehmenstendenz als solche ist in beiden Fällen gleichermaßen schutzwürdig.

Ein derartiges Verhalten des Unternehmers muß aber individualrechtliche Folgen haben. Nimmt er eine geistig-ideelle Tendenz

1) Dem ArbG Frankfurt in BB 1954, 804 ist also nicht zuzustimmen, wenn es in solchen Fällen keinen TB annimmt.

des § 81 I n u r zu dem Zwecke in sein Unternehmen auf, um die AN-Beteiligungsrechte auszuschalten, so kann er sich nicht darauf berufen, daß eine Maßnahme im s o z i a l e n oder p e r s o n e l l e n Bereich durch die Tendenz bedingt sei. Das hat z.B. zur Folge, daß der ArbGeb sich im Kündigungsschutzstreit nicht auf die Tendenzbedingtheit der Kündigung berufen kann, obwohl die Kündigung sich objektiv gesehen sehr wohl aus dem Tendenzcharakter rechtfertigen ließe. Diese Kündigung muß dann als "sozial ungerechtfertigt" erscheinen (§ 1 II KSchG), denn die Folge einer arglistigen Erschleichung der Tendenzeigenschaft ist eben, daß eine Berufung auf diese Sonderstellung einer unzulässigen Rechtsausübung gleichkommt und daher nicht statthaft ist.

Schließlich ist noch zu prüfen, ob der zweite Einwand, nämlich der, daß bei einem v ö l l i g b e d e u t u n g s l o s e n Tendenzanteil das Gesamtunternehmen nicht als TB anzusehen ist, zu Recht erfolgt.

Ohne sich dem Vorwurf einer in der Methode höchst fragwürdigen Wortinterpretation aussetzen zu müssen, wird man sagen können, daß schon auf Grund des Gesetzeswortlauts eine derartige Einschränkung vorzunehmen ist, denn der § 81 I verlangt, daß das Unternehmen einer der aufgezählten Tendenzen " d i e n t " . Der Gesetzgeber hätte sich sicherlich eines etwas unverbindlicheren Ausdrucks bedienen können (z.B. "haben", "aufzuweisen haben" oder "erkennen lassen"). Nur d a s Unternehmen d i e n t aber einer Tendenz, das in seiner Gesamtheit (und nur davon ist ja auszugehen) erkennbar auf diese Tendenz hin ausgerichtet ist, bei dem der tendenzbestimmte gegenüber dem tendenzfreien Wirkungskreis nicht völlig und auffällig in den Hintergrund tritt¹⁾. Auf diese Weise soll nicht etwa die bereits ausdrücklich abgelehnte Methode des vergleichenden Abwägens der tendenzbestimmten und der tendenzfreien Teile wieder eingeführt werden. Es ist dies vielmehr eine sich aus dem Gesetz selbst ergebende Überlegung. Das Gesamtunternehmen d i e n t dann nicht mehr einer geistig-ideellen Tendenz, wenn der Tendenz-

1) Vgl. RG in JW 1926, 564 zu § 1 UWG, das die Anwendung dieser Bestimmung dann ausschließen will, wenn der Wettbewerbszweck ganz in den Hintergrund tritt.

anteil - vom Standpunkt eines außenstehenden, objektiven Betrachters -, gemessen an der rein materiell ausgerichteten Tätigkeit des Gesamtunternehmens, vollkommen ohne jede Bedeutung ist.

Wenn E n d e m a n n¹⁾ diese Erkenntnis nicht als Fortschritt, sondern als "Leerlauf" bezeichnet, so sei zugegeben, daß es im Einzelfalle schwierig sein mag, Feststellungen darüber zu treffen, wann die Tendenz völlig ohne Bedeutung für das Gesamtunternehmen ist und wann nicht. Andererseits erscheint aber eine gewisse Einschränkung des Grundsatzes, daß grundsätzlich j e d e r Mischbetrieb ein TB ist, also auch die geringste Spur einer Tendenz bereits den Schutz des § 81 I auslöst, zwingend geboten. Wenn der Gesetzgeber nicht gesagt hat, wann ein Unternehmen den aufgezählten Tendenzen "dient" und wann nicht mehr, so kann man nicht deshalb mangels einer von vornherein konkret bestimmten Richtschnur, mit der man die gewünschte Zäsur vornehmen kann, folgern, daß alles, was gewissermaßen "nach Tendenz riecht", auch Tendenzschutz genießt. Hier im Wege einer vernünftigen Auslegung zu einem billigen Ergebnis zu kommen, ist zwingendes Gebot.

Folgendes Beispiel mag dieses Ergebnis stützen: Ein größerer Verlag mit mehreren unselbständigen Druckereien arbeitet seit Jahren nur für Reklame, Werbung und stellt völlig "neutrale" Druckerzeugnisse (z.B. Adressbücher, Formulare, Kalender und sonstige Büroartikel) her. Nun übernimmt das Unternehmen ausnahmsweise den Druck eines wissenschaftlichen Buches. Hier wäre es im hohen Maße unbefriedigend, wollte man wegen dieses einen Buches eine größere Anzahl AN von der Beteiligung in wirtschaftlichen Angelegenheiten völlig ausschließen.

e.) Zusammenfassung.

Folgendes Ergebnis ist festzuhalten: Treten in einem Unternehmen sowohl tendenzbestimmte als auch tendenzfreie Tätigkeitsbereiche auf, so spricht man von einem "Mischbetrieb". Bei der Frage nun, ob ein derartiges Unternehmen ein TB i.S. des § 81 I

1) In BfArbR 1954, 367.

BetrVG ist, darf es nicht darauf ankommen, ob die tendenzbestimmte Tätigkeit innerhalb des Unternehmens die ureigenste Aufgabe ist, ferner auch nicht darauf, ob der Tendenzanteil gegenüber dem tendenzfreien Teil überwiegt, schließlich auch nicht darauf, in welchem Teil des Unternehmens der größere Umsatz getätigt wird oder die meisten AN beschäftigt werden. Alle diese Gesichtspunkte entspringen der "Methode des vergleichenden Abwägens" und sind für eine Lösung des Problems der Mischbetriebe nicht geeignet.

Vielmehr ist vom Sinn und Zweck der Vorschrift auszugehen, der allein den Schutz der im Unternehmen verfolgten Tendenz in den Vordergrund stellt, gleichgültig, ob das Unternehmen ihr ausschließlich, hauptsächlich, nebenbei oder nur im geringen Maße dient. Dieser Schutz muß selbst dann gelten, wenn der Unternehmer die Tendenz nur deshalb in den Tätigkeitsbereich hereinnimmt, weil er die Beteiligungsrechte der AN einschränken oder ausschließen will, denn in diesem Falle ist die von seiner Person und damit auch von seinen Motiven abstrahierte Unternehmenstendenz genauso schutzwürdig. Lediglich kann sich der Unternehmer dann bei Einzelmaßnahmen gegenüber dem AN im sozialen und personellen Bereich nicht auf die Tendenzbedingtheit berufen, da dies einer unzulässigen Rechtsausübung gleichkommen würde.

Ein TB ist aber dann nicht anzunehmen, wenn der Tendenzanteil innerhalb des Unternehmens, gemessen an der Gesamttätigkeit - vom Standpunkt des außenstehenden, objektiven Betrachters deutlich erkennbar -, eine völlig unbedeutende Rolle spielt, denn dann d i e n t das Unternehmen nicht mehr dieser Zweckbestimmung.

3. Gesamtunternehmen und Unternehmensteile.

In der Literatur wird häufig die Frage, ob ein Mischbetrieb auch ein TB i.S. des § 81 I ist und die Frage, wie es um die Tendenzeigenschaft des Gesamtunternehmens bestellt ist, wenn letzteres aus mehreren Betrieben besteht, g e t r o n n t g e s t e l l t und beantwortet¹⁾.

1) So Endemann in BlfArbR 1954, 366; Löffler in NJW 1954, 491 und Maurer in AR-Blattteil-TB-B II 5 und 6.

Eine derartige gesonderte Behandlung ist weder zweckmäßig noch gerechtfertigt, da beide Fragen dasselbe Problem betreffen, nämlich: Liegt auch dann ein TT vor, wenn innerhalb des Gesamtunternehmens sowohl tendenzbestimmte als auch tendenzfreie Tätigkeit entfaltet wird (vgl. vorstehende Erörterungen zum Mischbetrieb).

a.) Unselbständige Teile.

Nach durchaus überwiegender Meinung sind innerhalb eines Tis auch die räumlich zusammengehörigen, unselbständigen Teile d e s s e l b e n Unternehmens tendenzgeschützt und zwar auch dann, wenn diese Teile keiner der in § 81 I aufgezählten Zielsetzungen dienen.

Hier ist an die räumlich und betriebsverfassungsrechtlich unselbständige Druckerei innerhalb eines Presse- oder Verlagsunternehmens (= Verlagsdruckerei) zu denken oder auch an die Buchbinderabteilung innerhalb eines Buchverlages. Zur Begründung dieser Meinung wird meistens angeführt, daß sich in derartigen Fällen die Tendenz des tendenzbestimmten Teils auch auf den an sich tendenzfreien, unselbständigen Teil e r s t r e c k t , also auch die rein m a t e r i e l l bestimmten Teile miteingreift¹⁾. Zu dieser "Erstreckungstheorie" ist zu sagen, daß sie genauso wie die bereits bei den Mischbetrieben behandelte "Theorie des Überwiegens" von falschen Voraussetzungen ausgeht. Sie beantwortet nämlich die Frage, ob es sich bei dem Gesamtunternehmen um einen TT handelt, aus der Perspektive der Unternehmenseile. Die "Erstreckungstheorie" ist daher nichts anderes, als eine Abart der "Theorie des Überwiegens", weil sie davon ausgeht, daß der tendenzfreie Teil (Druckerei) gegenüber dem Tendenzteil (Presse- oder Verlagsunternehmen) eine nur untergeordnete Rolle spielt.

1) Vgl. LAG Baden in Mannheim in BB 1954, 532; Heihoff, Diss. S. 56 und 58; LAG Freiburg in AP 51 Nr. 38; Erdmann, BetrVG § 81 Anm. 13; Fitting-Kraegeloh, BetrVG § 81 Anm. 5; Kraegeloh in ZeitVerl. 1952 Nr. 18 S. 3; Galperin in Börsenblatt 1953, 178; v. Mauchenheim in ZeitVerl. 1953, 298; Endemann in BfArbR 1954, 366; Maurer in AR-Blattei-TB-B II 5.

Obwohl das E r g e b n i s zu billigen ist, muß diese Argumentation, die wiederum auf einer A b w ä g u n g des Tendenzanteils und des tendenzfreien Teils basiert, abgelehnt werden. Entsprechend der bereits gewonnenen Erkenntnis kommt es bei der Prüfung der Voraussetzungen eines TBes ausschließlich nur auf das U n t e r n e h m e n in seiner Gesamtheit an, denn nur dieses kann überhaupt Träger einer Tendenz sein. Es ist eben nicht richtig zu sagen, der eine oder andere Unternehmensteil habe eine Tendenz, diese Tendenz "erstrecke" sich auf andere, in ihrer Bedeutung untergeordnete Teile und d e s h a l b sei das Gesamtunternehmen ein TB, sondern man muß gewissermaßen "von oben" auf das Gesamtunternehmen blicken und prüfen, ob es nach außen hin erkennbar einer der in § 81 I aufgezählten Zielsetzungen d i e n t ¹⁾.

Es ist i n d i e s e m Zusammenhang überflüssig zu untersuchen, ob die Verlagsdruckerei ihren Tendenzcharakter nur "kraft Ausdehnung" vom tendenzbestimmten Verlag her erhält, oder ob sie eine e i g e n e Tendenz aufzuweisen hat. Untersuchungen hierüber gehören in den Abschnitt über die rechtlich und tatsächlich selbständige L o h n d r u c k e r e i (vgl. unten § 2 A III 4). Die Verlagsdruckerei hat eben innerhalb des Verlagsunternehmens keinerlei Selbständigkeit²⁾ und teilt demzufolge das rechtliche Schicksal des Gesamtunternehmens bezüglich der Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit des § 81 I.

Die Einschränkungen, die bei einem Mischbetrieb im Falle eines völlig bedeutungslosen Tendenzanteils gemacht wurden, gelten auch hier, denn das eben erörterte Problem ist bei genauerer Betrachtung ein Problem des Mischbetriebes.

b.) Selbständige Teile, Nebenbetriebe.

Während bei den unselbständigen Verlagsdruckereien hinsichtlich des Ergebnisses - wenn auch nicht über den Weg zu diesem

1) Denselben Weg gehen: Löffler in NJW 1954, 491 und 492; Arras in BB 1953, 63; Hueck-Nipperdey, ArbR II S 706.

2) Vgl. schon RAG in BenschS Bd. 14 Nr. 141 S. 623.

Ergebnis - Einigkeit herrscht, gibt es zu dem Problem der selbständigen Unternehmensteile erhebliche Meinungsverschiedenheiten. Es wird die Meinung vertreten, daß dann, wenn Nebenbetriebe oder Betriebsteile eines Gesamtunternehmens räumlich weit vom Hauptsitz des Unternehmens entfernt sind, ferner wenn sie nach Aufgabenbereich oder Organisation eigenständig sind, eine völlig andere Beurteilung eingreifen müsse. Dann nämlich könne man nicht mehr von "einer Einheit der Teile im arbeitsrechtlichen Sinne" sprechen¹⁾. Eine derartige Einheit sei aber Voraussetzung dafür, daß die in einem Teil des Gesamtunternehmens herrschende Tendenz auch die übrigen Tendenzfreien Teile erfaßt.

Nach dieser Meinung sind also Nebenbetriebe oder selbständige Unternehmensteile dann keine TBs mehr, wenn sie räumlich weit vom Hauptbetrieb entfernt sind oder sonst eine betriebsverfassungsrechtliche Eigenständigkeit erlangt haben. Eine dieses Ergebnis wiederum einschränkende Ansicht lehrt, daß bei derartigen selbständigen Unternehmensteilen trotzdem dann ein TB anzunehmen sei, wenn "ausschließlich" oder "überwiegend" Tendenzaufgaben verfolgt werden²⁾. Auf den Fall der Verlagsdruckerei angewandt, würde das bedeuten, daß z.B. die Nürnberger Druckerei eines Verlags mit dem Sitz in München nur dann ein TB ist, wenn in dieser Druckerei ausschließlich oder überwiegend tendenzbestimmte Druckerzeugnisse hergestellt werden.

Auch diese Meinungen halten einer kritischen Betrachtung nicht stand. Genau wie die Methode des vergleichenden Abwägens der materiellen und geistig-ideellen Zweckbestimmungen innerhalb eines Gesamtunternehmens, ferner wie die hier ebenfalls abgelehnte Erstreckungstheorie, die das Hinübergreifen der Tendenz des Hauptbetriebs auf die unselbständigen Teile innerhalb eines Gesamtunternehmens propagiert, übersehen diese Meinungen die fundamentale Erkenntnis, daß die Frage nach dem Vorliegen eines TBs i.S. des § 81 I ausschließlich nach dem Charakter des

1) Vgl. Fitting-Kraegeloh, BetrVG § 81 Anm. 5; Arras in BB 1953, 63 und RdA 1954, 460; Galperin in Börsenblatt 1953, 178; in dieser Richtung wohl auch LAG Freiburg in AP 51 Nr. 38 und LAG Baden in Mannheim in BB 1954, 532; Bührig, Handb. der BetrVerf. § 81 Erl. 3.

2) Vgl. Fitting-Kraegeloh, BetrVG § 81 Anm. 5; Kraegeloh in ZeitVerlg. 1952, Nr. 18 S. 3.

Gesamtunternehmens beurteilt werden muß. Daran kann auch die räumliche oder betriebsverfassungsrechtliche Eigenständigkeit eines Unternehmensteils nichts ändern. Einzelne Teile können nicht herausgelöst und gegenüber dem übrigen Unternehmen isoliert behandelt werden, auch dann nicht, wenn eine gewisse Selbständigkeit vorliegt¹⁾.

Dieser Irrweg der sog. "Erstreckungstheorie" findet - was das Problem der selbständigen Unternehmensteile angeht - seinen Ausgangspunkt darin, daß viele Vertreter dieser Meinung den § 3 BetrVG²⁾ auch im Rahmen der Prüfung der Tendenzeigenschaft eines aus mehreren selbständigen Teilen zusammengesetzten Unternehmens anwenden und folgern, daß bei einem gem. § 3 selbständigen, tendenzfreien Betrieb sich die Tendenz des Hauptbetriebs nicht mehr auf diesen, und umgekehrt die Tendenz des selbständigen Nebenbetriebs nicht auf den tendenzfreien Hauptbetrieb erstrecken könne. Auch das BAG³⁾ unterstellt offenbar, daß der § 3 bei der Prüfung der Voraussetzungen des § 81 I bedeutsam sein kann.

Entgegen dieser Ansicht muß aber festgestellt werden, daß der § 3 im Rahmen der Vorschrift über den Tendenzschutz eines Unternehmens keinerlei Bedeutung haben kann. Der § 3 behandelt nämlich ein ganz anderes Problem als der Sondertatbestand des § 81 I⁴⁾. Zwar gehört § 3 zu den allgemeinen Vorschriften, die von grundlegender Bedeutung sind für das gesamte Betriebsverfassungsrecht⁵⁾. Damit steht aber noch nicht fest, daß § 3 auch im Rahmen des Spezialtatbestandes des § 81 I Beachtung finden muß.

1) Zu diesem Ergebnis kommen: Löffler in NJW 1954, 492; Galperin in BfArbR 1954, 366; Dietz, BetrVG § 81 Anm. 3a; Maurer in AR-Blatt-III 5; wohl auch BAG in AP 55 Nr. 1 zu § 81 BetrVG; für BRG 20 schon Stier-Somlo, BRG § 67 Anm. 2.

2) § 3 BetrVG lautet: "Nebenbetriebe und Betriebsteile gelten nur dann als selbständige Betriebe, wenn sie räumlich vom Hauptbetrieb entfernt oder durch Aufgabenbereich und Organisation eigenständig sind."

3) In AP 55 Nr. 1 zu § 81 BetrVG.

4) Vgl. Galperin in BfArbR 1954, 366 und ArbR 1954, 75 ff, der, soweit ersichtlich, als einziger dieses Problem behandelt.

5) Vgl. Fitting-Kraegeloh, BetrVG Vorbem. vor § 1.

Der § 3 geht von dem Grundsatz aus, daß Nebenbetrie-
be¹⁾ und Betriebsbestandteile²⁾ grunds-
sätzlich als unselbständige Teile des Hauptbetriebes anzusehen
sind. Die wichtigste Konsequenz dieser Erkenntnis ist die, daß
in diesen unselbständigen Teilen kein besonderer Betriebsrat zu
wählen ist³⁾. Nur in Ausnahmefällen, nämlich dann, wenn die Vor-
aussetzungen des § 3 gegeben sind, gilt der Betrieb als "selb-
ständig" i.S. des BetrVG, was zur Folge hat, daß für ihn ein
eigener Betriebsrat gewählt werden muß, nach dem Prinzip: Ein
Betriebsrat wird nur für einen Betrieb gewählt und ein Betrieb
kann nur einen Betriebsrat haben⁴⁾.

Die Vorschrift des § 3 behandelt also eine "besondere Frage
der organisatorischen Betriebseinheit⁵⁾", sie regelt nur, "wann
Nebenbetriebe und Betriebsteile als selbständige Betriebe,
bzw. umgekehrt als Teile eines anderen, des Hauptbetriebes, an-
zusehen sind". Der § 3 geht demnach vom Betrieb aus,
als der Grundlage der Betriebsverfassung", unabhängig davon, ob
dieser im Mittelpunkt der Betrachtungen stehende Betrieb zusam-
men mit anderen Betrieben in einem sie alle umfassenden Unter-
nehmen eingegliedert ist oder nicht⁶⁾.

Demgegenüber aber knüpft der § 81 I an das Unternehmen
in seiner Gesamtheit an, dem diese i.S. des § 3 eigenständigen
Unternehmensteile angehören. Diese beiden Problemkreise ("wann

1) Das wichtigste Merkmal des Nebenbetriebs ist Unselbständig-
keit des Betriebszwecks (vgl. Galperin, BetrVG § 3 Anm. 2).

2) Betriebsbestandteile sind Betriebsabteilungen, die keine in
sich geschlossene betriebliche Organisation haben und keinen
selbständigen Zweck verfolgen (vgl. Revolle-Köst, HandKomm.
1954 § 3 Anm. 3).

3) Vgl. Dietz, BetrVG § 3 Anm. 2; Galperin, BetrVG § 3 Anm. 1.

4) Vgl. Fitting-Kraegeloh, BetrVG § 81 Anm. 6; Dietz, BetrVG
§ 81 Anm. 2, der zutreffend darauf hinweist, daß der "Ge-
samtbetriebsrat" des § 46 BetrVG etwas ganz anderes ist und
Betriebsräte in den einzelnen Betrieben des Gesamtunterneh-
mens voraussetzt; vgl. auch Bobrowski, ArbR S. 466.

5) Vgl. Galperin, BetrVG § 3 Anm. 1.

6) Vgl. Dietz, BetrVG § 3 Anm. 1 und 1a.

hat ein Betrieb betriebsverfassungsrechtliche Selbständigkeit i.S. des § 3" und "wann dient das Gesamtunternehmen einer der Tendenzen des § 81 I") zeigen keinerlei Berührungspunkte, da beide Bestimmungen grundverschiedene Ausgangspunkte haben. Es leuchtet auch ohne weiteres ein, daß mit der Feststellung, ein Betrieb sei "selbständig" i.S. des § 3, noch keinesfalls etwas darüber gesagt ist, ob das U n t e r n e h m e n , dem dieser Betrieb ja trotz seiner Selbständigkeit angehört, einer Zweckbestimmung i.S. des § 81 I dient oder nicht. Die Antwort auf diese letzte, entscheidende Frage, kann einzig und allein aus einer richtigen Anwendung des § 81 I, also vom Gesamtunternehmen her gegeben werden¹⁾. Dann aber ist die rechtliche Ausklammerung eines selbständigen Unternehmensteils mit dem Sinn und Zweck des § 81 I nicht vereinbar, da die T e n d e n z an sich in gleicher Weise gefährdet sein kann, gleichgültig, ob sie mit dem ganzen Unternehmen verfolgt wird oder nur mit einem Teil, ob die Unternehmensteile gegenüber dem Gesamtunternehmen un-selbständig oder selbständig sind.

Dieselben Grundsätze müssen auch für den Fall gelten, daß nicht der "Hauptbetrieb" (z.B. ein Verlag) tendenzbestimmt ist, sondern der eigenständige Teilbetrieb (z.B. eine Druckerei). Dann ist es aber nicht richtig, wenn im Falle der Druckerei in Köln, die selbständiger, tendenzbestimmter Teil eines tendenzfreien Formularverlags mit dem Sitz in Nürnberg ist, angenommen wird, die Tendenz des "Nebenbetriebes" erstrecke sich nicht auf den "Hauptbetrieb"²⁾.

Ist in derartigen Fällen von selbständigen Betrieben eines Gesamtunternehmens ein G e s a m t b e t r i e b s r a t gebildet (vgl. §§ 46 ff BetrVG), so ist dieser zuständig "für die Behandlung von Angelegenheiten, die das Gesamtunternehmen betreffen" (§ 48 I BetrVG), also z. B. für die Mitwirkung bei der Regelung einer Angelegenheit, die innerlich notwendig nur ein-

1) Zum selben Ergebnis kommt Nipperdey in Hueck-Nipperdey, ArbR II S. 706, der zutreffend darauf hinweist, daß in diesen Fällen insofern wieder ein Ausgleich erfolgt, als sich in sozialen und personellen Angelegenheiten die Beteiligungsrechte kaum mit der Tendenz des Gesamtunternehmens überschneiden dürften.

2) So z.B. Arras in RdA 1954, 460.

heitlich für alle oder mehrere Betriebe durchgeführt werden kann, oder für die Beteiligungsrechte bei personellen Maßnahmen gegenüber solchen ANn, die für alle oder mehrere Betriebe angestellt werden. Ist nach den oben herausgestellten Grundsätzen das Gesamtunternehmen ein TB i.S. des § 81 I, so können die Beteiligungsrechte des Gesamtbetriebsrats in gesamtunternehmerischen Angelegenheiten wegen der schutzwürdigen Tendenz genauso eingeschränkt oder ausgeschaltet sein, wie die Mitwirkungsrechte der BRe in den einzelnen Unternehmensteilen für Angelegenheiten, die sich auf den Bereich des einzelnen Betriebs beschränken.

In wirtschaftlichen Angelegenheiten wäre also eine Beteiligung der AN am Gesamtunternehmen nicht möglich (§§ 81 I i.V.m. § 67 ff). Das gleiche gilt aber auch für den einzelnen Betrieb des Gesamtunternehmens, selbst wenn er über 100 AN beschäftigt und keinem der Ziele des § 81 I dient, solange das Gesamtunternehmen, dessen Bestandteil der einzelne Betrieb ist, als TB anzusehen ist. In personellen und sozialen Angelegenheiten kommt es auf die Tendenzbedingtheit der Maßnahme an, mit der Folge, daß die Beteiligungsrechte des Gesamtbetriebsrats dann ausgeschlossen sind, wenn es sich um Maßnahmen handelt, die alle oder mehrere Betriebe betreffen u n d durch die gesamtunternehmerische Tendenz bedingt sind (z.B. Einstellung eines Schriftleiters im obigen Beispiel). Liegt eine das Gesamtunternehmen berührende Maßnahme vor und ist sie n i c h t tendenzbedingt, so kann der Gesamtbetriebsrat ungehindert seine Rechte geltend machen. Handelt es sich um eine tendenzfreie Angelegenheit und betrifft sie n i c h t das Gesamtunternehmen, so ist es Sache des BRs in den einzelnen Betrieben, tätig zu werden (z.B. Einstellung eines Arbeiters untergeordneter Stellung im obigen Beispiel). Sowie aber die Tendenz des Gesamtunternehmens in Frage steht, wäre an sich bei der Geltendmachung von AN-Beteiligungsrechten der Gesamtbetriebsrat zuständig, da die Tendenz das Gesamtunternehmen betrifft (vgl. § 48 I BetrVG), eine derartige Mitwirkung ist aber durch § 81 I BetrVG ausgeschaltet.

4. Lohndruckereien.

In Lehre und Rechtsprechung wird im Zusammenhang mit der Erörterung der Mischbetriebe und der Unternehmensteile gewöhnlich zu dem Fall Stellung genommen, daß eine selbständige Druckerei nicht für einen dem gleichen Unternehmen angehörigen Verlag arbeitet, sondern für f r e m d e Verlage und Auftraggeber Druckaufträge auf Grund von Werkverträgen ausführt. Hierbei kann die Art der Tätigkeit vom tendenzbestimmten Zeitungs-, Zeitschriften- und Buchdruck bis zum tendenzfreien Druck von Katalogen, Formularen und sonstiger Akzidenz reichen. Die Meinungen darüber, ob derartige Druckereien auf Werkvertragsbasis TBe i.S. des § 81 I sind, gehen erheblich auseinander¹⁾. Im einzelnen werden folgende Meinungen vertreten:

a.) Von einem TB kann man nur dann sprechen, wenn das Unternehmen es sich zur Aufgabe gemacht hat, die geistige Zielsetzung u n m i t t e l b a r zu verwirklichen. Innerhalb des Zeitungsgewerbes ist das nur möglich bei der Redaktion und beim Verlag. Diese bestimmen den Tendenzcharakter, der ein vorwiegend abstraktes Merkmal ist.

Die durch den Druck vorgenommene technisch-konkrete Verwirklichung der geistigen Tendenz aber ist nicht mehr schutzwürdige Tendenz im Sinne des Gesetzes. Das Drucken als solches ist rein t e c h n i s c h e Tätigkeit und in Bezug auf den geistigen Inhalt der Druckerzeugnisse "wertfrei neutral". Auch ist die Lohndruckerei einzig und allein auf den Erwerb ausgerichtet, ihre Tätigkeit nur nach rein kaufmännischen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten orientiert.²⁾

b.) Gegenüber dieser klaren und kompromißlosen Verneinung der TB-Eigenschaft einer Lohndruckerei wird von anderer Seite

1) Das BAG hat in AP 55 Nr. 1 zu § 81 BetrVG die Frage, ob der bloße Lohndruck unter § 81 fällt, ausdrücklich dahingestellt sein lassen. Zum Problem vgl. auch Fitting-Kraegeloh, BetrVG § 81 Anm. 5.

2) Vgl. IAG Freiburg in AP 51 Nr. 38 und Anm. Hessel S. 125, 126; Bührig, Handb. der BetrVerf. § 81 Erl. 3.

die Meinung vertreten, man könne aus den gleichen Erwägungen derartige Unternehmen zwar grundsätzlich nicht als TB ansehen, jedoch müßten von diesem Grundsatz je nach Lage des Einzelfalles Ausnahmen gemacht werden. Bezüglich der Anforderungen, die an das Vorliegen derartiger Ausnahmefälle zu stellen sind, werden verschiedene Gesichtspunkte für wichtig erachtet:

aa.) Entgegen dem Grundsatz könne man eine Lohndruckerei stets dann als TB bezeichnen, wenn sie "ausschließlich" oder "überwiegend" tendenzbestimmte Druckerzeugnisse fertigt, wobei als Kriterium für das Überwiegen des Tendenzanteils einmal die anteiligen Umsatzzahlen, zum anderen die Zahl der in den einzelnen Gebieten beschäftigten AN maßgebend sein sollen¹⁾.

bb.) Eine Lohndruckerei sei nur dann ganz ausnahmsweise als TB anzusehen, wenn die **t a t s ä c h l i c h e**, wirtschaftliche Abhängigkeit zwischen dem tendenzbestimmten Verlag und der rechtlich selbständigen Druckerei so weit geht, daß die Lohndruckerei praktisch auf den Fortbestand der verlegerischen Tendenztätigkeit angewiesen ist, von der Tendenz gewissermaßen lebt²⁾, ferner wenn sie eine tendenzbestimmte Tätigkeit **z u r A u f g a b e** hat, so daß sie stets, auch unter Vernachlässigung kaufmännischer Gesichtspunkte, auf diese Tendenz Rücksicht zu nehmen hat³⁾, schließlich auch dann, wenn die Druckerei selbst "über das technische Druckwerk hinaus" eine eigene Tendenz entfaltet, so z.B. eine künstlerische Tendenz auf dem Gebiet der graphischen Ausgestaltung der Druckerzeugnisse⁴⁾.

c.) Eine von diesen beiden Meinungen grundsätzlich verschiedene Ansicht lehrt jedoch, daß man den Lohndruck durch ein selbständiges Unternehmen nicht als einen völlig tendenzfreien, neutralen Akt bezeichnen könne. Vielmehr müsse die Tendenz des Ge-

1) Vgl. Fitting-Kraegeloh, BetrVG § 81 Anm. 5; Kraegeloh in ZeitVerlg. 1952 Nr. 18 S. 3; v. Mauchenheim in ZeitVerlg. 1953, 299.

2) Vgl. Galperin in Börsenblatt 1953, 178; Endemann in BfArbR 1954, 366.

3) So ArbG Hagen in BB 1953, 767.

4) So Galperin in Börsenblatt 1953, 178; Hessel in Anm. zu AP 51 Nr. 38 S. 126.

druckten auf die Druckerei ebenso "abfärben" wie auf jeden, der sich mit der technischen Verwirklichung der Tendenz in eigener Verantwortung befaßt¹⁾. Die dem Gesetzgeber im hohen Maße schutzwürdige Tendenz könne ja erst durch die Druckausführung verbreitet werden²⁾.

Nach dieser Meinung ist also die selbständige Lohndruckerei, die tendenzbestimmte Druckerzeugnisse herstellt, i n j e d e m Falle ein TB, sei es nun als "dienender" Teil eines tendenzbestimmten Verlagsunternehmens kraft "Ausdehnung" der vom Verlag verfolgten Tendenz auf die Druckerei³⁾ oder zufolge e i g e n e n Tendenzcharakters der Drucktätigkeit⁴⁾.

Unterzieht man alle diese Gesichtspunkte einer kritischen Betrachtung, so ist folgendes zu sagen:

Grundsätzlich können Lohndruckereien einer geistig-ideellen Tendenz i.S. des § 81 I d i e n e n . Das Gesetz verlangt ja nicht, daß dieses "Dienen" in einer irgendwie gearteten "höherwertigen" Tätigkeit bestehen muß. Es ist geradezu Wesensmerkmal jeder technisch-konkreten Verwirklichung, der geistig-ideellen Planung zu "dienen", den technischen Apparat in den Dienst der Idee zu stellen. Genau das verlangt der § 81 I und nicht mehr.

Wenn H e s s e l⁵⁾ darauf hinweist, daß nur ein solcher Betrieb TB sein kann, der die Aufgabe hat, die geistige Zielsetzung u n m i t t e l b a r zu verwirklichen, so ist er offenbar der Meinung, daß eine Lohndruckerei deshalb nicht TB sein kann, weil sie lediglich diese Zielsetzung durch technisch-konkrete Tätigkeit (Druck) m i t t e l b a r zu verwirklichen bestrebt ist. Eine derartige Unterscheidung ist durch nichts gerechtfertigt und geht weit über das hinaus, was das Gesetz verlangt⁶⁾. In allen Fällen ist vom U n t e r n e h m e n aus-

1) Vgl. Löffler in NJW 1954, 492.

2) So Maurer in AR-Blattei-TB-B II 7.

3) Vgl. Löffler in NJW 1954, 492; Maurer in AR-Blattei-TB-B II 7.

4) So Arras in RdA 1954, 460, der somit seine in BB 1953, 63 geäußerte Auffassung korrigiert.

5) Anm. zu LAG Freiburg in AP 51 Nr. 38 S. 125.

6) Vgl. Nipperdey in Rivdirlav 1953, 635.

zugehen. Besteht es aus mehreren Betrieben, so kann man nicht sagen, der eine Betrieb diene der Tendenz unmittelbar, der andere nur mittelbar und daraus rechtliche Konsequenzen für die Frage des Tendenzschutzes ziehen. Genausowenig sollte man bei einem rechtlich selbständigen Unternehmen, das nur aus einem Betrieb besteht, sagen, es sei deshalb kein TB, weil es die geistige Zielsetzung nicht unmittelbar verwirklicht. Wie anders soll eine geistig-ideelle Zielsetzung ihre Verwirklichung finden, wenn nicht im Wege der Publikation? Ohne die Tätigkeit der Druckereien ist die Verbreitung noch so schöner Gedanken kaum denkbar. Auch die selbständige Lohndruckerei dient also den Zielsetzungen, die in den von ihr hergestellten Druck-erzeugnissen zum Ausdruck kommen.

Nur in Ausnahmefällen dürfte es dem Drucker völlig gleichgültig sein, was er druckt. Er wurde schon von jeher zumindest als mitverantwortlich für den Inhalt angesehen und gegen ihn können auch zivilrechtliche Unterlassungs- oder Schadensersatzansprüche geltend gemacht werden. Stets haben die staatlichen Organe, wenn ihnen der Inhalt eines Druckerzeugnisses nicht genehm war, als erste Maßnahme die Druckerei geschlossen¹⁾.

Nicht selten sind die Lohndruckereien auf den Druck einer bestimmten Zeitung eingestellt, so daß es praktisch mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist, den Auftraggeber so ohne weiteres auszuwechseln.

Dieses Ergebnis ist auch leicht am Sinn und Zweck des Gesetzes zu kontrollieren, denn die Gefahr der hindernden Einflußnahme auf die geistig-ideelle Tendenz ist sowohl bei der technisch-konkreten Verwirklichung innerhalb der Lohndruckerei als auch bei der geistigen Führung und Ausrichtung innerhalb des auftraggebenden Verlags vorhanden²⁾.

Abzulehnen ist die Meinung, daß eine Lohndruckerei dann ein TB sei, wenn die tendenzbestimmte Drucktätigkeit gegenüber der

1) Vgl. Arras in RdA 1954, 460; v. Mauchenheim in ZeitVerlg. 1953, 299; ferner auch die §§ 20, 21 RPressG v.7.5.1874 (RGBl. S. 65) und die §§ 7 I, 11 III, 12, 17 BayPrG v. 3.10.1949 (GVBl. S. 243).

2) Vgl. Löffler in NJW 1954, 429, der hierzu meint: "Man frage nur einen strenggläubigen Katholiken, ob er den Druckauftrag für eine freireligiöse Broschüre akzeptieren würde."

tendenzfreien Tätigkeit überwiegt¹⁾, ferner auch jene, daß eine Lohndruckerei dann Tendenzschutz genieße, wenn sie sich den Druck tendenzbestimmter Publikation - aus freien Stücken oder infolge tatsächlicher, wirtschaftlicher Abhängigkeit vom tendenzbestimmten Verlag²⁾ - in einem solchen Maße zur Aufgabe gemacht hat, daß s i e s e l b s t auf diese Tendenz Rücksicht nehmen muß, auch unter Vernachlässigung wirtschaftlicher Gesichtspunkte³⁾.

Diese Meinungen sind beeinflusst von der irrigen Methode des vergleichenden Abwägens, bringen noch - offen oder versteckt - die tendenzbestimmte Tätigkeit des Druckens geistig-ideeller Erzeugnisse in eine vergleichende Beziehung zur tendenzfreien Drucktätigkeit. Dieser Weg führt aber nicht zur richtigen Lösung. Man muß vom G e s a m t u n t e r n e h m e n (also von der Lohndruckerei) ausgehen und prüfen, ob dieses Unternehmen einer geistig-ideellen Zielsetzung d i e n t, lediglich dadurch, daß es - von einem tendenzbestimmten Verlag hierzu beauftragt - Publikationen geistig-ideellen Inhalts druckt. Dies ist grundsätzlich zu bejahen und es darf dann, wenn die Druckerei auch noch tendenzfreie Arbeiten ausführt, nicht darauf ankommen, welche Tätigkeit innerhalb des Gesamtunternehmens überwiegt (vgl. Erörterungen zum Thema Mischbetrieb).

Es ist überflüssig, Erörterungen darüber anzustellen, ob die Lohndruckerei TB "kraft Ausdehnung" der Verlagstendenz auf die "dienende Druckerei" ist oder zufolge e i g e n e n Tendenzcharakters⁴⁾, denn dem Gesetzgeber war es bei der Schaffung des § 81 I gleichgültig, ob das Unternehmen einer f r e m d e n oder der e i g e n e n Zweckbestimmung dient, solange es nur eine der im Gesetz als schutzwürdig erachteten Tendenzen ist⁵⁾.

1) Vgl. Fitting-Kraegeloh, BetrVG § 81 Anm. 5; Kraegeloh in ZeitVerlg. 1952 Nr. 18 S. 3; v. Mauchenheim in ZeitVerlg. 1953, 299.

2) Vgl. Galperin in Börsenblatt 1953, 178; Endemann in BlfArbR 1954, 366.

3) Vgl. ArbG Hagen in BB 1953, 767.

4) So Arras in RdA 1954, 460.

5) Vgl. Maurer in AR-Blattei-TB-B II 7.

Die Lohndruckerei d i e n t aber den in den Publikationen zum Ausdruck kommenden Tendenzen, da erst durch die Druckausführung die Tendenz realisiert werden kann.

Das Ergebnis lautet also: Selbständige Druckereien, die nicht für einen dem gleichen Unternehmen angehörigen, sondern für fremde Auftraggeber auf Grund von Werkverträgen tendenzbestimmten Druck ausführen (= Lohndruckereien), d i e n e n dieser Zweckbestimmung und sind daher grundsätzlich TB i.S. des § 81 I, da die technisch-konkrete Verwirklichung unentbehrlich ist für die Realisierung der in dem Gedruckten zum Ausdruck kommenden Tendenz. Verfolgen derartige Druckereien a u ß e r d e m auch noch rein wirtschaftliche Ziele, so gelten für sie die für Mischbetriebe aufgestellten Grundsätze, d. h. sie bleiben TBe, gleichgültig, ob die tendenzbestimmte oder die tendenzfreie Tätigkeit innerhalb des Unternehmens überwiegt. Lediglich wenn die Tendenztätigkeit völlig bedeutungslos ist gegenüber der tendenzfreien Tätigkeit, kann man nicht mehr von einem TB sprechen (vgl. Ausführungen zum Mischbetrieb).

Was für die Lohndruckereien gilt, muß auch für alle übrigen selbständigen Unternehmen, die sich an der Herstellung tendenzbestimmter Erzeugnisse beteiligen, gelten (z.B. im Falle eines unabhängigen Werbetriebs, der Werbetexte und Plakate für eine Gewerkschaft oder eine politische Partei herstellt).

Bei all diesen selbständigen Unternehmen, die an der Verwirklichung tendenzbestimmter Erzeugnisse mitwirken, entsteht in diesem Zusammenhang noch ein spezielles Problem, nämlich das der D a u e r des Tendenzauftrags¹⁾.

Was soll geschehen, wenn das tendenzbestimmte Werk vollendet ist und nun für kürzere oder längere Zeit - je nach Geschäftsanfall - bis zum Eintreffen des nächsten Tendenzauftrags ausschließlich neutrale, tendenzfreie Tätigkeit durchgeführt wird? Die einfachste Lösung wäre wohl die, zu sagen, das Unternehmen sei genauso lange TB, wie der Tendenzauftrag ausgeführt wird. Dies muß aber zu unhaltbaren Ergebnissen führen, denn die betriebsverfassungsrechtlichen Konsequenzen wären einfach nicht

1) Dieses Problem berührt Löffler in NJW 1954, 492.

durchführbar. So müßten in Unternehmen mit mehr als 100 ANn für 8 Tage ein Wirtschaftsausschuß gebildet werden (tendenzfreie Zeit), der dann nach Eintreffen eines Tendenzauftrags wieder aufgelöst (§ 81 I 1 BetrVG), nach Ablauf dieses Auftrags wieder neu aufgestellt werden müßte. Das ArbG müßte bei der Prüfung einer personellen Maßnahme des ArbGehs auf ihre Tendenzbedingtheit (§ 81 I 2, 82 I lit. 1 u. m. BetrVG) feststellen, daß das Unternehmen zur Zeit der Anordnung der Maßnahme wohl zufällig gerade einen Tendenzauftrag ausführte, daß dieser aber schon kurze Zeit später "ausgelaufen" war und das Unternehmen seitdem völlig tendenzfrei arbeitet. Wie aber soll das Gericht entscheiden, wenn sich im Zeitpunkt der Entscheidung nicht mehr feststellen läßt, ob das Unternehmen im Zeitpunkt der Maßnahme an einem Tendenzauftrag arbeitete?

Diese Beispiele veranschaulichen, wie dringend erforderlich eine praktikable Lösung ist, die auch dem Sinn und Zweck des Gesetzes entspricht.

Keine Schwierigkeiten machen solche Lohndruckereien, die zwar abwechselnd tendenzfreie und tendenzbestimmte Aufträge annehmen, die aber ihrer ganzen t e c h n i s c h e n A n l a g e nach auf Zeitungs- oder Zeitschriftendruck eingestellt sind, wobei es ganz gleichgültig ist, ob letzteres in der Hauptsache oder nur nebenbei geschieht. Diese Druckereien dienen auch dann einer politischen Zweckbestimmung, wenn sie - was ihre übrige Tätigkeit anbelangt - einmal für kürzere oder längere Zeit keinen Tendenzauftrag ausführen, da der Zeitungs- oder Zeitschriftendruck stets tendenzbestimmt ist. Derartige Unternehmen hören nur dann auf, TBe zu sein, wenn sie den Zeitungs- oder Zeitschriftendruck e n d g ü l t i g - und nicht nur vorübergehend - aufgeben und nur noch neutrale Tätigkeit durchführen, ein Fall, der praktisch schon deshalb höchst selten vorkommen wird, weil viel zu große Investitionen erforderlich sind, um eine Druckerei technisch auf Zeitungs- oder Zeitschriftendruck einzurichten.

Unproblematisch ist auch der Fall, daß eine Lohndruckerei ausschließlich oder neben wirtschaftlicher Tätigkeit abwechselnd Aufträge verschiedener Richtungen ausführt, diese Richtungen aber a l l e unter die Tendenzen des § 81 I einzureihen sind.

Auch in diesen Fällen liegt ein TB vor, da es völlig gleichgültig ist, ob die Tendenzen einzeln, zusammen oder abwechselnd hintereinander verfolgt werden.

In den meisten Fällen bietet also die Anwendung der bisher gefundenen Ergebnisse auf den konkreten Lebenstatbestand der Lohndruckerei keine Schwierigkeiten. Sie sind in den weitaus meisten Fällen TBe, weil sie hauptsächlich oder nebenbei im Zeitungs- oder Zeitschriftendruck tätig sind, ferner weil sie ausschließlich oder nebenbei allen, mehreren oder einzelnen der Tendenzen des § 81 I dienen u n d in beiden Fällen - für den objektiven Betrachter klar ersichtlich - diese Aufträge über längere Zeit hinweg verfolgen, wenn sie nicht sogar ihrer ganzen technischen Anlage nach gerade auf diese Tendenzaufträge eingerichtet sind.

Übrig bleiben nur die Fälle, in denen sich ein selbständiges Unternehmen durch seine Tätigkeit in keiner Weise und nach keiner Richtung festgelegt hat, sondern ziel- und wahllos, aus rein w i r t s c h a f t l i c h e n Erwägungen, Aufträge verschiedener - u.U. auch entgegengesetzter - Richtungen durchführt, also bei Gelegenheit auch einmal einen Tendenzauftrag. Hierher gehört z.B. der Fall einer reinen Reklame- und Akzidenzdruckerei, die den Druck von Werbetexten oder Plakaten in der eben geschilderten Art und Weise übernimmt. Geschieht dies nur "ganz nebenbei", so wird es vorkommen, daß ein derartiges Unternehmen längere Zeit ohne Tendenzauftrag ist. Dann entsteht die Frage, ob auch in diesen Fällen der Tendenzschutz eingreift.

Die Lösung ergibt sich aus dem Gesetz, seinem Sinn und Zweck. Kann der außenstehende, objektive Betrachter mit dem besten Willen nicht erkennen, daß das Unternehmen einer Tendenz des § 81 I dient, eben weil der Tendenzauftrag nur ausnahmsweise und über verhältnismäßig k u r z e Z e i t hinweg durchgeführt wird, so muß der Tendenzschutz versagt werden. Eine derart geringe Spur k u r z l e b i g e r Tendenzen ist auch nicht schutzwürdig, da in diesen Fällen die tatsächliche Möglichkeit einer Behinderung der Tendenz durch andersgesinnte AN praktisch ausscheidet.

Ein solches Unternehmen steht nicht mehr "im Dienste" der Tendenz, sondern im Dienste technisch-materieller Zielsetzungen. Die Tatsache, daß eine Druckerei einmal für kurze Zeit einer der Tendenzen des § 81 I förderlich ist, kann nicht dazu führen, ihr den rechtlichen Status eines TBes zu verleihen.

Ausdrücklich abgelehnt wird die Ansicht, daß man den Unternehmen, die zeitweise mit, zeitweise ohne Tendenzauftrag tätig sind, für die Zeit, in der der Tendenzauftrag ausgelaufen ist, nach Treu und Glauben eine "Karenzzeit" zubilligen müsse, nach deren Ablauf sie dann nicht mehr als TBe anzusehen seien¹⁾.

Ein anderes Ergebnis wäre im Hinblick auf die bereits anerkannte absolute Vorrangstellung der Unternehmenstendenz wohl logisch konsequenter, aber die logisch-konsequenteste Lösung muß nicht immer die vernünftigste und gerechteste sein. Der Gesetzgeber sieht das Verhältnis zwischen Unternehmen und Tendenz vom Standpunkt des Unternehmens als ein *d i e n e n d e s*, 'also von der Tendenz her gesehen als ein *h e r r s c h e n d e s* an. Diese Relation kann nicht vorliegen, wenn die Tendenz gegenüber der übrigen Tätigkeit von vollkommen nebensächlicher Bedeutung ist, was sich auch darin äußern kann, daß ein vollkommen selbstständiges Unternehmen ganz unregelmäßig kurzfristig Tendenzaufträge "so nebenbei" ausführt, um dann die meiste Zeit wieder tendenzfrei zu arbeiten. In derartigen Fällen liegt zu keiner Zeit ein TB vor, auch dann nicht, wenn gerade für kurze Zeit an einem Tendenzauftrag gearbeitet wird.

Es ist jedoch wichtig zu erkennen, daß die Eigenschaft eines TB nicht lediglich *d e s h a l b* abgelehnt werden kann, weil die Hereinnahme der geistig-ideellen Zielsetzung nur aus kaufmännischen - also materiellen - Motiven geschieht, denn wir haben bereits erkannt, daß die *M o t i v e* des Unternehmers für die Beurteilung der Frage, ob ein TB vorliegt, unbeachtlich sind. Allein entscheidend ist vielmehr, daß ein außenstehender, objektiver Betrachter das *d i e n e n d e* Verhältnis des Unternehmens gegenüber der Tendenz dann nicht mehr feststellen kann, wenn der Tendenzauftrag infolge zu kurzer Dauer gegenüber der tendenzfreien Tätigkeit *v ö l l i g b e d e u t u n g s l o s* ist²⁾.

1) So Löffler in NJW 1954, 492.

2) So wohl auch Heihoff, Diss. S. 57.

IV. Streitigkeiten über die Anwendung des § 81 BetrVG.

Während zur Geltungszeit des BRG 2o die an sich schon bestehenden Unklarheiten und Meinungsverschiedenheiten zur Auslegung der Bestimmungen über den Tendenzschutz noch dadurch gefördert wurden, daß - zumindest bis zum Inkrafttreten des ArbGG vom 23.12.1926 (RGBl. S. 507) - kein klarer und in sich geschlossener Weg zur Bereinigung der Meinungsverschiedenheiten über die Anwendung der §§ 67, 73 BRG 2o vorgesehen war¹⁾, kann seit dem Erlass des BetrVG eine im Instanzenweg nachprüfbare Entscheidung des örtlich zuständigen Arbeitsgerichts über betriebsverfassungsrechtliche Zweifelsfragen bei der Anwendung der Tendenzschutzbestimmungen herbeigeführt werden. In dem von Anfang an nur als Übergangsvorschrift gedachten § 83 BetrVG wurde das **B e s c h l u ß - v e r f a h r e n** unter Hinweis auf die §§ 8 V, 1o und 8o bis 9o des ArbGG 26 dergestalt geregelt, daß bei Streitigkeiten über "die Anwendbarkeit des § 81 auf einen Betrieb" und bei Streitigkeiten über "die Anwendbarkeit von Vorschriften dieses Gesetzes auf einen in § 81 bezeichneten Betrieb"²⁾ das örtlich zuständige Arbeitsgericht im Beschlußverfahren über Zweifelsfragen des Tendenzschutzes entschied. Gegen diesen Beschluß gab es die Beschwerde zum LAG.

Mit Inkrafttreten des ArbGG vom 3.9.1953 (BGBl. I S. 1267) am 1.10.1953 galt der § 83 BetrVG als gestrichen (§§ 123, 121 II ArbGG 53) und der § 82 BetrVG wurde neu gefaßt (§ 121 I ArbGG 53). Die nun für das Beschlußverfahren maßgeblichen §§ 8o bis 1oo des ArbGG 53 enthalten wesentliche Verbesserungen gegenüber dem Rechtszustand **v o r** dem 1.10.1953³⁾. So ist u. a. außer der Tatsachenbeschwerde gegen den Beschluß des ArbG an das LAG (87 ArbGG 53) unter gewissen Voraussetzungen auch die Rechtsbeschwerde an das BAG gegeben (§ 92 I ArbGG 53). Vor allem ist

1) Vgl. Goerring in ArbGeb 1921, 376,; Mansfeld, BRG § 67 Anm.4.

2) § 82 I lit. 1 u. m BetrVG bis zum Inkrafttreten des ArbGG 53 (§ 123 ArbGG 53).

3) Vgl. Galperin, BetrVG Anhang zu § 82 Anm. 1; Fitting-Kraegeloh, BetrVG § 83 Anm. 1 und § 82 Anm. 1 und 3; Schnorr v. Carolsfeld, ArbR S. 495 ff.

jetzt die Zwangsvollstreckung aus solchen Beschlüssen möglich, die einem Beteiligten eine Verpflichtung auferlegen (§ 85 ArbGG 53). In diesen Fällen gelten die Vorschriften des 8. Buches der ZPO entsprechend.

Infolge der Neufassung des § 82 BetrVG durch das ArbGG 53 hat sich noch eine wesentliche Veränderung ergeben. Bis zu diesem Zeitpunkt war es möglich, gem. § 82 I lit. 1 BetrVG die ArbGe im "summarischen" oder "globalen" Beschlußverfahren anzurufen und eine Entscheidung darüber herbeizuführen, ob ein Unternehmen als TB angesehen werden kann oder nicht¹⁾. Der durch § 121 ArbGG 53 neugefaßte § 82 BetrVG gibt diese Möglichkeit nicht mehr. Auf Grund dieses - im übrigen mit § 2 I Nr. 4 a bis s ArbGG 53 wörtlich übereinstimmenden - Zuständigkeitskatalogs können die ArbGe nur noch zur Entscheidung darüber angerufen werden, ob sich k o n k r e t e E i n z e l f o l g e n aus der Eigenschaft eines Unternehmens als TB ergeben, z.B. ob ein Betriebsrat oder Wirtschaftsausschuß zu bilden ist (§ 82 I a u. b BetrVG), ob ein Vertreter der AN in den Aufsichtsrat zu wählen ist (§ 82 I o BetrVG), oder inwieweit die Tätigkeit des Betriebsrats der Unternehmenstendenz entgegensteht (§ 82 I i BetrVG)²⁾.

Im Rahmen des Beschlußverfahrens nach den §§ 80 bis 100 ArbGG sind also nur noch k o n k r e t e R e c h t s v e r h ä l t n i s s e , nicht mehr abstrakte Rechtsfragen über den Tendenzschutz, einer der Rechtskraft fähigen gerichtlichen Feststellung zugänglich³⁾. Es handelt sich hier um ein besonderes Verfahren, das keine Klage und keine Prozessparteien kennt, um ein auf A n t r a g eingeleitetes Verfahren mit "Beteiligten"⁴⁾. Nur die Beteiligten sind zur Antragstellung berechtigt⁵⁾. Gem. § 83 ArbGG sind als Beteiligte anzusehen: Der ArbGeb, die AN oder

1) Vgl. BAG in AP 55 Nr. 2 zu § 81 BetrVG mit Anm. Bötticher.

2) Vgl. Galperin, BetrVG § 81 Anm. 25; Dietz, BetrVG § 81 Anm. 22 und § 82 Anm. 13; Kraegeloh in ZeitVerlG. 1952 Nr. 18 S. 4; Galperin in Börsenblatt 1953, 179; Hueck-Nipperdey, ArbR II S 706.

3) Vgl. BAG in AP 55 Nr. 2 zu § 81 BetrVG.

4) Vgl. außer Fußnote 3 Dietz-Nikisch, ArbGG § 81 Anm. 3.

5) Vgl. Galperin, BetrVG Anhang zu § 82 Anm. 8.

solche Stellen, die nach dem BetrVG beteiligt sind, also z.B. der Betriebsrat, die Jugendvertretung, der Wahlvorstand, der Wirtschaftsausschuß, der Aufsichtsrat, die Gewerkschaft, der ArbGeb-Verband¹⁾. Während der ArbGeb aber im Beschlußverfahren *s t e t s* Beteiligter ist, also auch immer den Antrag auf eine Entscheidung stellen kann, da es sich bei allen Streitigkeiten um Fragen handelt, die *s e i n e n* Betrieb betreffen²⁾, ist der einzelne AN sowohl als auch das einzelne Betriebsratsmitglied nur dann Beteiligter, wenn seine Stellung innerhalb der Betriebsverfassung berührt wird³⁾. Auch die übrigen in § 83 ArbGG genannten Stellen müssen in ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Stellung berührt sein. Andernfalls sind sie nicht Beteiligte, also auch nicht antragsberechtigt. Demzufolge wären ihre Anträge *u n z u l ä s s i g* zurückzuweisen⁴⁾.

Die Herbeiführung einer gesonderten Entscheidung über betriebsverfassungsrechtliche Fragen des Tendenzschutzes im *B e - s c h l u ß v e r f a h r e n* ist dann nicht möglich, wenn eine derartige Frage anlässlich eines in einem *a n d e r e n* arbeitsgerichtlichen Verfahren geführten Rechtsstreits auftaucht (z.B. bei einem Kündigungsschutzstreit die Frage, ob eine Kündigung gem. § 1 II KSchG "sozial gerechtfertigt" ist). Dann sind nämlich Fragen, die sich aus dem § 81 I BetrVG ergeben, *V o r - f r a g e n* für den durch *U r t e i l* zur Entscheidung stehenden Rechtsstreit. In diesen Fällen kann das ArbG den Rechtsstreit nicht etwa bis zur Entscheidung über die Fragen aus § 81 I im Beschlußverfahren aussetzen, sondern es hat *s e l b s t* durch Urteil darüber zu entscheiden. War jedoch vorher schon im Beschlußverfahren nach § 82 BetrVG eine Entscheidung herbeigeführt worden, so *b i n d e t* diese Entscheidung auch im nachfolgenden Urteilsverfahren⁵⁾.

1) Vgl. Dietz-Nikisch, ArbGG § 83 Anm. 10 bis 27.

2) Vgl. Dietz-Nikisch, ArbGG § 83 Anm. 8

3) Vgl. BAG in AP 55 Nr. 2 zu § 81 BetrVG; Dietz-Nikisch, ArbGG § 83 Anm. 11 und 21.

4) Zur Unterscheidung zwischen "freien" und "notwendigen" Beteiligten vgl. Schnorr v. Carolsfeld, ArbR S. 497.

5) Vgl. Dietz, BetrVG § 81 Anm. 23; Dietz-Nikisch, ArbGG § 85 Anm. 33; Mansfeld, BRG § 67 Anm. 4; Schnorr v. Carolsfeld, ArbR S. 472.

B. DIE RECHTLICHEN FOLGEN, DIE DAS GESETZ AN DAS VORLIEGEN
DER VORAUSSETZUNGEN EINES TENDENZBETRIEBES KNÜPFT.

I. Unbedingter Ausschluß der in den §§ 67 bis 77 BetrVG
gewährten Beteiligungsrechte in wirtschaftlichen An-
gelegenheiten.

Abweichend von § 67 BRG 2o und den meisten entsprechenden Bestimmungen der Länder nach 1945, knüpft der Gesetzgeber in § 81 I 1 BetrVG allein an die Tatsache, daß ein TB i.S. dieser Bestimmung vorliegt, die Folge, daß sämtliche für Produktionsbetriebe in den §§ 67 - 77 gewährten AN-Beteiligungsrechte wegfallen, ganz gleichgültig, ob im konkreten Einzelfall eine Gefährdung der geistig-ideellen Zweckbestimmung vorliegt oder nicht. Es ist daher zunächst von Interesse, w e l c h e Rechte den ANn in den §§ 67 - 77 zuerkannt werden.

Die Beteiligungsrechte der AN in wirtschaftlichen Angelegenheiten lassen sich in 3 S t u f e n einteilen, nämlich in die Rechte, die über den W i r t s c h a f t s a u s s c h u ß eines Unternehmens mit mehr als 100 ANn (§§ 67 - 7o), solche, die über den A u f s i c h t s r a t eines Unternehmens mit der Rechtsform einer juristischen Person des Privatrechts (§§ 76, 77) und diejenigen Beteiligungsrechte die durch den B e t r i e b s r a t bei schwerwiegenden unternehmerischen Entscheidungen in jedem einzelnen Betrieb gem. § 72 geltend gemacht werden können¹⁾.

1. Die Bildung und Tätigkeit des Wirtschaftsausschusses (§§ 67 bis 7o).

In Unternehmen²⁾ mit in der Regel mehr als 100 ständigen ANn ist ein WA zu bilden, dessen mindestens 4 und höchstens 8 Mitglieder zur Hälfte vom BR, zur Hälfte vom Unternehmer benannt

1) Diese Einteilung findet sich auch bei Nipperdey in Rivedirlav 1953, 632.

2) Der WA ist für das Unternehmen, nicht für den Betrieb zu errichten (vgl. Huber, WirtschaftsVwR II S. 548; Nikisch, ArbR 51 S. 388; Schnorr v.Carolsfeld, ArbR S. 446).

werden. Aufgabe dieses WAes ist es, "eine vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen BR und Unternehmer zu fördern und eine gegenseitige Unterrichtung in wirtschaftlichen Angelegenheiten sicherzustellen". Nur durch das betriebsverfassungsrechtliche Organ des WAes also kann der BR - als Sprachrohr der AN-schaft - das ihm in § 67 I BetrVG zuerkannte Recht geltend machen. Dieses Recht ist aber lediglich ein solches auf Fragestellung, Unterrichtung, ein Recht g e h ö r t zu werden.

Ein derartiges "Informations- und Beratungsrecht" kann üblicherweise nur als "Mitwirkungsrecht" bezeichnet werden, da ein "Mitbestimmungsrecht" gleichberechtigte Mitentscheidung voraussetzt¹⁾, was man hier jedoch nicht sagen kann. Der § 81 I 1 macht deutlich sichtbar, wie sehr dem Gesetzgeber der absolute Schutz der im Gesetz aufgezählten Tendenzen am Herzen lag, wenn er selbst ein so schwaches Recht wie das Informations- und Beratungsrecht des § 67 I in Wegfall kommen ließ. Ihm schwebte eben die Gefahr für die Unternehmenstendenz vor Augen, die selbst durch Ausnutzung der relativ schwachen Position, die durch die §§ 67 ff gewährt wird, entstehen kann²⁾.

Im einzelnen hat der WA folgende Beteiligungsrechte:

- a.) Rechte des Wirtschaftsausschusses gegenüber dem Unternehmer in wirtschaftlichen Angelegenheiten.

Gem. § 67 II, III hat der WA Anspruch auf U n t e r r i c h - t u n g über Fabrikations- und Arbeitsmethoden, das Produktionsprogramm, die wirtschaftliche Lage des Unternehmens, die Produktions- und Absatzlage und über sonstige Vorgänge, welche

1) Vgl. Müller in BB 1953, 329; Frey in Anm. zu IAG Berlin in ArbUr 1956, 125. "Mitbestimmung" ist - im Gegensatz zu dem allgemeineren und schwächeren Recht auf "Mitwirkung" - Befugnis zur gleichberechtigten Mitentscheidung. Der für beide Rechte geltende Oberbegriff ist "Beteiligungsrechte"; zur Unterscheidung vgl. auch Bobrowski, ArbR S. 488; Nikisch, ArbR 51 S. 388, 389.

2) Vgl. Dietz, BetrVG § 81 Anm. 17; Galperin, BetrVG § 81 Anm. 12; Fitting-Kraegeloh, BetrVG § 81 Anm. 13; Rewolle-Köst, Handkomm. 1954 § 81 Anm. 3; Maurer in AR-Blattei-TB B III 2; Nipperdey in Rvdirlav 1953, 632; Kraegeloh in BB 1952, 583 und ZeitVerlg. 1952 Nr. 18 S. 9; Löffler in NJW 1954, 489; Endemann in BlfArbR 1954, 365.

die Interessen der AN wesentlich berühren¹⁾.

Stets kann der WA nach § 69 II beantragen, daß der Unternehmer oder dessen zuständiger Sachbearbeiter konkret gestellte Fragen erläutert. Ferner muß der Unternehmer dem WA unter Beteiligung des BRs gem. § 63 IV den Jahresabschluß erläutern.

Kommt der Unternehmer seinen in § 67 niedergelegten Verpflichtungen nicht oder nur unvollständig nach, so kann der BR die verbindliche Entscheidung der **E i n i g u n g s s t e l l e** gem. § 70 II anrufen.

- b.) Rechte der Belegschaftsmitglieder gegenüber dem Unternehmer und dem Wirtschaftsausschuß bzw. dem Betriebsrat in wirtschaftlichen Angelegenheiten.

Gem. § 69 III muß der Unternehmer zusammen mit dem WA und dem BR einmal in einem Kalendervierteljahr den Lage- und Entwicklungsbericht erstatten. In Unternehmen, die in der Regel mehr als 20, aber nicht mehr als 100 AN beschäftigen, fällt bei der vierteljährlichen Lage- und Berichterstattung gegenüber den Belegschaftsmitgliedern der WA gem. §§ 69 III, 71 weg.

2. Das Mitbestimmungsrecht der Arbeitnehmer bei schwerwiegenden unternehmerischen Entscheidungen.

In Betrieben mit in der Regel mehr als 20 wahlberechtigten ANn gewährt der § 72 dem BR ein Mitbestimmungsrecht in den Fällen von "geplanten Betriebsänderungen, die wesentliche Nachteile für die Belegschaft oder erhebliche Teile der Belegschaft zur Folge haben können". Im Gesetz ist aufgezählt, was im einzelnen unter einer "Betriebsveränderung" zu verstehen ist. Es handelt sich durchweg um schwerwiegende unternehmerische Ent-

1) Wenn Heihoff, Diss. S. 2 ausführt, der § 67 gebe den ANn das weitgehendste Eingriffsrecht in die Sphäre des Unternehmers, so kann dem nicht beigetreten werden. Mit Ausnahme des § 72 werden in wirtschaftlichen Angelegenheiten nur Beratungs- und Informationsrechte gewährt (Mitwirkungsrechte), die dem Unternehmer die alleinige Entscheidungsbefugnis in wirtschaftlichen Fragen keineswegs nehmen. Vgl. auch Frey in Anm. zu BAG in ArbUR 1956, 350, der das wirtschaftliche Beteiligungserrecht als die "allerunterste Stufe" der Mitwirkung bezeichnet.

scheidungen, die v i t a l e I n t e r e s s e n der AN berühren. Bei Meinungsverschiedenheiten entscheidet eine V e r m i t t l u n g s s t e l l e mit paritätischer Besetzung gem. §§ 72 II, 73. Einigung sowohl als auch Einigungsvorschlag sind für den Unternehmer insofern verbindlich, als er von ihnen nicht ohne zwingenden Grund abweichen kann. Weicht er trotzdem davon ab, so hat er den gekündigten AN auch bei an sich rechtswirksamer Kündigung abzufinden (§ 74).

Hier handelt es sich also um ein echtes Mitbestimmungsrecht, da folgende 2 Voraussetzungen erfüllt sind:

a.) Das Gewicht der zusammenwirkenden Partner (Unternehmer und BR) ist hinsichtlich der in § 72 geregelten Fragen rechtlich g l e i c h stark und

b.) nicht zu lösende Meinungsverschiedenheiten werden durch die Mitwirkung einer dritten, unabhängigen Größe entschieden¹⁾.

3. Die Beteiligung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten (§§ 76, 77).

Gem. § 76 muß der Aufsichtsrat einer AG oder KAG zu einem Drittel aus Vertretern der AN bestehen. Auf diese Weise können die AN also auf wirtschaftlichem Gebiet ihren Einfluß geltend machen • (vgl. §§ 95, 97, 219 III AktG). Nach § 77 muß ausnahmsweise bei einer GmbH und bei bergrechtlichen Gewerkschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit, die mehr als 500 AN beschäftigen, ein Aufsichtsrat gebildet werden, der dann zu einem Drittel mit AN-Vertretern zu besetzen ist. Dasselbe gilt bei Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften und bei Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit (§§ 77 II und III). Im letzteren Falle jedoch nur, wenn bereits ein Aufsichtsrat besteht.

In allen Unternehmen dieser Art haben also die AN Gelegenheit, ihre Interessen im Aufsichtsrat geltend zu machen. Bei einer AG oder KAG geschieht dies ohne Rücksicht auf die Größe des Unter-

1) Vgl. Müller in BB 1953, 329 und 330; beachte aber auch den Einwand von Schnorr v. Carolsfeld, ArbR S. 443, der in diesem Zusammenhang auf die mangelnde Durchsetzbarkeit des Vermittlungsvorschlags hinweist.

nehmens, bei einer Familien-AG oder KAG können erst dann Vertreter in den Aufsichtsrat geschickt werden, wenn das Unternehmen mehr als 500 AN zählt (§ 76 VI).

Auch die den ANn über den Aufsichtsrat gewährten Rechte sind keine "Mitbestimmungsrechte", sondern nur "Beteiligungsrechte" im weiteren Sinne. Die AN-Stimmen im Aufsichtsrat werden stets nur ein Drittel der Gesamtstimmen ausmachen. Daher fehlt es am Gleichgewicht der zusammenwirkenden Partner, außerdem können auch nicht zu lösende Meinungsverschiedenheiten nicht von einer dritten, unabhängigen Größe entschieden werden.

Sind derartige Unternehmen TBe i.S. des § 81 I, so soll nach dem Willen des Gesetzgebers die Entscheidung über w i r t - s c h a f t l i c h e Fragen ausschließlich beim Unternehmer bleiben, gleichgültig, ob die unternehmerische Tendenz im Einzelfalle gefährdet ist oder nicht. Die AN haben dann keinerlei Möglichkeiten, ihre entgegengesetzte Meinung durchzusetzen. Aus dem Gesichtspunkt des Schutzes der geistig-ideellen Unternehmenstendenz muß schon die M ö g l i c h k e i t einer direkten oder indirekten Einflußnahme auf diese Tendenz durch andersgesinnte AN ausgeräumt werden. Aus diesem Grunde gilt die Ausnahmeregelung des § 81 I 1 auch für alle 3 Stufen des wirtschaftlichen Beteiligungsrechts, sowohl im Rahmen der Mitwirkungsrechte über den Wirtschaftsausschuß als auch über den Aufsichtsrat und für das Mitbestimmungsrecht gem. § 72 in jedem einzelnen Betrieb.

II. Bedingter Ausschluß der sonstigen Bestimmungen des Gesetzes.

1. Die tendenzbedingte Maßnahme.

Nach dem Willen des Gesetzgebers ist die Anwendung der s o n - s t i g e n Bestimmungen (also außer §§ 67 bis 77) an die Bedingung geknüpft, "daß die Eigenart des Betriebes dem nicht entgegensteht" (§ 81 I 2).

Anders ausgedrückt, die Tendenz des Unternehmens muß im k o n - k r e t e n Fall eine Maßnahme zulassen, die der Zweckbestimmung des Unternehmens zugrundeliegende Tendenz darf nicht eine

A l l e i n e n t s c h e i d u n g : des Unternehmers erforderlich machen¹⁾.

Bei der Prüfung der Anwendbarkeit der sonstigen Bestimmungen des BetrVG genügt es also nicht, die TB-Eigenschaft eines Unternehmens festzustellen, es muß vielmehr a u ß e r d e m die einzelne Maßnahme selbst tendenzbedingt sein.

Diese Einschränkung des Gesetzgebers in § 81 I 2 war schon - wenn auch in anderer Formulierung-in § 67 und § 73 BRG 2o enthalten ("... soweit die Eigenart dieser Betriebe es bedingt") und bereitete schon dort große Schwierigkeiten, da es damals - wie heute - an festumrissenen Richtlinien fehlte, nach denen man für jeden Einzelfal sagen kann, ob die Tendenzbedingtheit einer Maßnahme vorliegt oder nicht²⁾. Sie beweist, daß der Gesetzgeber nicht das Unternehmen an sich, sondern nur die T e n - d e n z schützen wollte³⁾.

Für die Frage, wann die Tendenz einer Einzelmaßnahme entgegensteht, sind verschiedene Antworten denkbar. Es wird die Meinung vertreten, eine Maßnahme sei dann tendenzbedingt, wenn sie in politischen TBen aus politischen, in konfessionellen TBen aus konfessionellen Motiven etc. erfolgt, entscheidend sei also das M o t i v , das der Einzelmaßnahme zugrunde liegt⁴⁾.

Eine andere Meinung glaubt, eine Tendenzentscheidung liege nur dann vor, wenn es sich um die Lebensinteressen des Unternehmens berührende Gesichtspunkte handelt, denn nur in diesem Falle lasse sich ein so schwerwiegender Eingriff in die AN-Beteiligungsrechte rechtfertigen⁵⁾.

Es wird auch die Ansicht vertreten, eine Tendenzmaßnahme setze voraus, daß die Eigenart des Unternehmens seine Freihaltung von tendenzfremden Einflüssen erfordert⁶⁾, oder die Unternehmens-

1) So RT, 1. WP Drucksache Nr. 3585 S. 18.

2) Vgl. Goerring in ArbZ 1921 Nr. 45.

3) Vgl. IAG Freiburg in BB 1951, 866 und AP 51 Nr. 38 mit Anm. von Hessel; Endemann in BlfArbR 1954, 365.

4) Vgl. IAG Freiburg in AP 51 Nr. 38 mit Anm. Hessel und in BB 1951, 866.

5) Vgl. Galperin, BetrVG § 81 Anm. 15; a.A. Fitting-Kraegeloh, BetrVG § 81 Anm. 16, der nicht so weit gehen will.

6) So Galperin in Börsenblatt 1953, 178.

tendenz eine Alleinentscheidung des ArbGeba notwendig macht¹⁾.

Alle diese Meinungen sind von dem Bestreben gekennzeichnet, entsprechend dem Sinn und Zweck des Gesetzes, geeignete Maßstäbe zu finden, wann Bestimmungen des BetrVG der geistig-ideellen Tendenz entgegenstehen und wann nicht. Um die verschiedenen Gesichtspunkte richtig zu werten muß man erkennen, daß im Rahmen des § 81 I 2 stets in jedem einzelnen Fall entschieden werden muß, ob dies der Fall ist. Die Frage der Tendenzbedingtheit ist also *T a t f r a g e*. Die vorgetragenen Meinungen sind eigentlich keine Lösungen für das zur Untersuchung stehende Problem, sondern lediglich Wege zu einer derartigen Lösung, die in jedem Einzelfalle wieder aufs Neue gefunden werden muß.

Für die Auslösung des Tendenzschutzes nach § 81 I 2 ist es nicht erforderlich, daß die einzelne unternehmerische Entscheidung *a u s s c h l i e ß l i c h* aus Tendenzgründen erfolgt. Sie muß auch dann als Tendenzentscheidung angesehen werden, wenn außer tendenzbestimmten, auch noch andere Motive (etwa solche der Wirtschaftlichkeit, Rentabilität etc.) mitbestimmend waren²⁾. Wenn aber das *Land Freiburg*³⁾ in diesem Zusammenhang fordert, daß nur dann eine Tendenzentscheidung angenommen werden kann, wenn die Tendenzabwägungen das *" t r a g e n d e M o t i v "* darstellen, so kann dem nicht gefolgt werden. Hier müßte man nämlich, genau wie bei der bereits abgelehnten "Methode des vergleichenden Abwägens" im Rahmen des Mischbetriebs, die tendenzbestimmten und tendenzfreien Motive miteinander vergleichen. Ganz abgesehen davon, daß es in vielen Fällen nahezu unmöglich sein dürfte, im Einzelfalle festzustellen, welches Motiv die Entscheidung *t r ä g t*, ist diese Meinung schon deshalb abzulehnen, weil sie übersieht, daß nach der Willen des Gesetzgebers die Tendenz als gegenüber den AN-Beteiligungsrechten höherwertiges Rechtsgut auch dann schutzwürdig ist, wenn sie als Beweggrund einer Einzelmaßnahme nur eine relativ untergeordnete Rolle spielt (vgl. Erörterungen zum Thema Mischbetrieb).

1) So Fitting-Kraegeloh, BetrVG § 81 Anm. 16.

2) Vgl. Galperin, BetrVG § 81 Anm. 16.

3) In BB 1951, 866.

Eine Tendenzentscheidung liegt also auch dann vor, wenn Tendenz-erwägungen im konkreten Fall eine gegenüber den tendenz-freien Motiven untergeordnete Bedeutung haben¹⁾. Auch dann ist nämlich eine Gefährdung der Unternehmenstendenz möglich, das Eingreifen des Tendenzschutzes daher erforderlich.

Aber auch hier wird man die Einschränkung machen müssen, daß eine Tendenzentscheidung dann nicht mehr angenommen werden kann, wenn die tendenzbestimmten Motive gegenüber den tendenz-freien Erwägungen eine v ö l l i g u n b e d e u t e n d e Rolle spielen, denn dann kann nach dem Urteil des außenstehen- den, objektiven Betrachters die Tendenz des Unternehmens nicht mehr entgegenstehen²⁾. Um im Einzelfalle zu einer brauchbaren Lösung zu gelangen, ist es unerlässlich, die Richtlinien heraus- zuarbeiten, die dem Gesetzgeber bei der Schaffung des § 81 I 2 vorschwebten. Dann muß der entscheidende Gesichtspunkt der sein, ob durch die konkrete Maßnahme die geistig-ideelle Ten- denz bei Anwendung der sonstigen Bestimmungen des BetrVG ge- fährdet werden kann oder nicht. Hierbei kommt es aber auf die Natur der jeweils zur Entscheidung stehenden Einzelmaßnahme an. Verlangt diese Natur der Maßnahme mit Rücksicht auf die Tendenz, daß die Beteiligungsrechte andersgesinnter AN ausge- schaltet werden, so genügt bereits die Möglichkeit einer Ge - f ä h r d u n g dieser Tendenz.

Unter Anwendung dieser Grundsätze soll im folgenden geprüft werden, ob und inwieweit die Unternehmenstendenz den "sonstigen Bestimmungen" des BetrVG entgegenstehen kann.

1) Vgl. Galperin in Börsenblatt 1953, 178; a.A. Hessel in Anm. zu IAG Freiburg in AP 51 Nr. 38 S. 127. Bei diesen v o r Erlaß des BetrVG ergangenen Entscheidungen und Ab- handlungen ist darauf zu achten, daß eine von der hier vertretenen Auffassung abweichende Meinung u.U. ihre Er- klärung darin finden kann, daß die dem § 81 BetrVG entspre- chenden Bestimmungen der Länder - wie auch der § 67 BRG 2o - meist anders formuliert waren. In diesen Vorschriften hieß es "... soweit die Eigenart dieser Bestrebungen es erforder- tet", oder "... soweit die Eigenart dieser Bestrebungen es bedingt". Im § 81 I 2 BetrVG aber heißt es "... als nicht die Eigenart des Betriebes dem entgegensteht".

2) Vgl. Maurer in AR-Blattei-TB-B III 3.

2. Die organisatorischen und begriffserklärenden Vorschriften (§§ 1 bis 48).

Bestimmungen, die sich mit allgemeinen Vorschriften (§§ 1 bis 5), mit der Zusammensetzung und Wahl des BRs (§§ 6 bis 20), seiner Amtszeit (§§ 21 bis 26) und seiner Geschäftsführung (§§ 27 bis 40) befassen, ferner die Vorschriften über die Betriebsversammlung (§§ 41 bis 45) und über den Gesamtbetriebsrat (§§ 46 bis 48) gelten unbeschränkt auch in TBen¹⁾. Es ist also stets auch in TBen - je nach der Zahl der beschäftigten AN - die Errichtung von BRen²⁾, die Einberufung von Betriebsversammlungen notwendig und geboten, und auch in TBen kann der Unternehmer die Bildung eines Gesamtbetriebsrats nicht verhindern. Sinn und Zweck des § 81 I 2 verlangen nicht, daß bereits die Errichtung von AN-Vertretungen vereitelt wird.

Die rein organisatorischen und begriffserklärenden Vorschriften der §§ 1 bis 48 können demnach keine Gefahr für die Unternehmens-tendenz darstellen.

An dieser Stelle ist zu beachten, daß die leitenden Angestellten des § 4 II lit. c völlig vom Geltungsbereich des Gesetzes ausgenommen sind, da sie nicht als "AN" i.S. des BetrVG gelten. Sie gehören als Repräsentanten des ArbGeba dessen Sphäre an. Der BR hat also grundsätzlich keine Beteiligungsrechte in den sozialen und personellen Angelegenheiten dieser Personengruppe³⁾. Demzufolge erübrigt sich immer dann, wenn es sich um eine der in § 4 II lit. c aufgeführten Personen handelt, eine Untersuchung der Maßnahme des ArbGeba auf ihre Tendenzbedingtheit.

3. Beschränkungen der Aufgaben und Befugnisse der Arbeitnehmervvertretung im allgemeinen (§§ 49 bis 55).

Während durch die bloße Bildung des Vertretungsorgans

1) Vgl. Dietz, BetrVG § 81 Anm. 18; Nipperdey in Hueck-Nipperdey, ArbR II S. 705; Maurer in AR-Blattei TB B III 3.

2) Außer den in Fußn. 1) Genannten: LAG Berlin in ArbUr 1956, 124 mit Anm. Frey; Mansfeld, BRG § 67 Anm. 3; Löffler in NJW 1954, 489; Arras in BB 1953, 62; Endemann in BlfArbR 1954, 365; Galperin in Börsenblatt 1953, 178; Fitting-Kraegeloh, BetrVG § 81 Anm. 15; Kraegeloh in ZeitVerl. 1952 Nr. 18 S. 5.

3) Vgl. Dietz, BetrVG § 65 Anm. 1.

der AN noch keine Gefahr für die Unternehmenstendenz entsteht, kann durch die diesem Organ gewährten Befugnisse, sowie auf Grund der Durchführung der ihm gestellten Aufgaben, in Einzelfällen sehr wohl ein hindernder Einfluß auf die geistige Zielsetzung des Unternehmens ausgeübt werden. In solchen Fällen muß dann der Tendenzschutz des § 81 I 2 eingreifen und der BR kann nur insoweit tätig werden, als nicht die Tendenz dem entgegensteht.

Im Bereich der allgemeinen Vorschriften der §§ 49 bis 55 ist die vom Gesetzgeber zum allgemeinen Grundsatz erhobene vertrauensvolle Zusammenarbeit der Betriebspartner (§ 49), ferner die Einrichtung des Einigungsverfahrens (§ 50) und des Rechtsinstituts der Betriebsvereinbarung (§ 52), auch für TBe gültig. Dasselbe muß gelten für die Bestimmungen über die Aufgaben des BRs in § 54 I, also die Anregung technischer Maßnahmen, Überwachung zugunsten der AN bestehender Vorschriften, Untersuchung von Beschwerden und Betreuung schutzbedürftiger AN.

In all diesen Fällen kann die unternehmerische Zielsetzung nicht gefährdet werden, da den ANn überhaupt keine Rechte und Befugnisse verliehen werden, die die Tendenz beeinträchtigen könnten¹⁾. Auch durch die in § 55 niedergelegte Schweigepflicht ist keine Gefährdung der Tendenz zu befürchten.

Anders verhält es sich hingegen mit den Bestimmungen der §§ 51, 53 und 54 II. Hier kann in Ausnahmefällen durchaus die geistig-ideelle Zweckbestimmung einer Anwendung dieser Vorschriften entgegenstehen.

a.) Gleichheitsgrundsatz und Unterlassung parteipolitischer Betätigung im Betrieb (§ 51).

Diese Bestimmung gewährt dem BR das Recht, vom ArbGeb zu verlangen, daß alle AN bei gleichen Voraussetzungen innerhalb des Betriebes auch g l e i c h behandelt werden. Sie gibt ferner sowohl dem ArbGeb als auch dem BR die Möglichkeit, von der

1) Vgl. Galperin in Börsenblatt 1953, 178; Hueck-Nipperdey, ArbR II S. 705.

anderen Seite die Unterlassung jeglicher parteipolitischen Betätigung¹⁾ zu fordern. Diese Vorschrift entspricht dem Diskriminierungsverbot des Art. 3 III GG²⁾ und ist eine Konkretisierung der allgemeinen Friedenspflicht des § 49 II 1³⁾.

Der § 51 kann auf TBe dann keine Anwendung finden, wenn die Tendenz im Einzelfall eine unterschiedliche Behandlung erforderlich macht⁴⁾. So kann z.B. die Geschäftsstelle einer Partei die Einstellung oder Entlassung eines ANs von der Parteizugehörigkeit abhängig machen, ein konfessionell ausgerichteter Zeitungsbetrieb auf das Glaubensbekenntnis seiner AN Rücksicht nehmen, eine Gewerkschaft bei ihren ANn Gewerkschaftszugehörigkeit verlangen. Dagegen dürfte der § 51 auf die Geschäftsstelle einer Einheitsgewerkschaft in jedem Falle wieder zur Anwendung kommen, da die Tendenz des Unternehmens in diesem Falle nicht mehr entgegensteht⁵⁾.

Zur verfassungsrechtlichen Problematik des § 51 BetrVG vgl. unten zu § 3 B II 2 a.

b.) Verbot der Behinderung und Benachteiligung der Arbeitnehmersvertretung (§ 53).

Nach § 53 darf der BR in der Ausführung seiner Tätigkeit nicht gestört oder behindert werden. Auch ist es verboten, die Mitglieder wegen ihrer Tätigkeit zu benachteiligen oder zu begünstigen (vgl. auch die Strafbestimmung des § 78 I b). Entsprechendes gilt für die AN-Vertreter und Jugendvertreter nach § 20,

1) Das D u l d e n parteipolitischer Betätigung anderer ist e i g e n e parteipolitische Betätigung (vgl. Hueck-Nipperdey, ArbR II S. 821). Nicht erforderlich ist das Eintreten für eine b e s t i m m t e politische Partei, vielmehr genügt das Eintreten für politische Anschauungen und Richtungen im allgemeinen (vgl. Molitor in BB 1955, 167; BAG in BAGE 1, 363 und Hueck-Nipperdey, ArbR II S. 821).

2) Zur Frage, wann das Diskriminierungsverbot im Privatrecht gilt, vgl. BAG in BAGE 1, 186 = BB 1955, 128 und BVerfG in BVerfGE 2, 266.

3) Vgl. Hueck-Nipperdey, ArbR II S. 821.

4) Vgl. Nikisch, ArbR 55 S. 622; Galperin in Börsenblatt 1953, 178; Hueck-Nipperdey, ArbR II S. 821, 822; Röhling, Diss. S. 106.

5) Vgl. Dietz, BetrVG § 53 Anm. 3.

für die Mitglieder des WAes (§ 68 I), der Vermittlungsstelle (§ 72 II), der Einigungsstelle der § 50 (zu folgern aus § 78 I b) und für die AN-Repräsentanten im Aufsichtsrat (§ 76 II).

Diese Vorschrift soll also garantieren, daß die AN-Vertreter die durch das Gesetz gewährten Befugnisse und Rechte wahrnehmen und ihren Pflichten nachkommen können, ohne befürchten zu müssen, daß der ArbGeb, zu dem sie nun einmal in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis stehen, sie wegen ihres Verhaltens "maßregelt". Dieses "Freiheitsrecht" der AN-Vertretungen findet aber grundsätzlich dort seine Grenze, wo Mitglieder ihre gesetzlichen Befugnisse "grob vernachlässigen" oder ihre gesetzlichen Pflichten "grob verletzen" (§ 23). Der § 53 schützt die AN-Vertretungen demnach nur im Rahmen einer o r d - n u n g s m ä ß i g e n u n d p f l i c h t g e m ä ß e n Betätigung¹⁾.

Die Mitglieder von AN-Vertretungen können sich aber auch dann nicht mehr auf die ihnen in § 53 gewährte Freiheit berufen, wenn durch die Ausübung der Rechte und Befugnisse, durch die Erfüllung der gesetzlichen Pflichten, eine Gefahr für die geistig-ideelle Zielsetzung des Unternehmens entstehen könnte.

c.) Auskunftsrecht bei der Überwachung der zugunsten der Arbeitnehmer bestehenden Bestimmungen (§ 54 II).

Dem BR ist die Aufgabe gestellt, die Durchführung der zugunsten der AN geltenden Gesetze, Verordnungen, Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen zu überwachen (§ 54 I b). Zur Erfüllung dieser Aufgabe hat der Gesetzgeber den BR ermächtigt, vom ArbGeb die V o r l a g e der hierzu erforderlichen Unterlagen zu verlangen (§ 54 II). Hat der BR objektiven Anlaß zu der Annahme, daß Vorschriften zugunsten der AN nicht ordnungsgemäß durchgeführt werden, so kann er z.B. die Vorlage von Gesetzen, Verordnungen, Tarifverträgen und der einschlägigen Literatur, sicherlich auch die Vorlage von Lohn- und Gehaltslisten ver-

1) Vgl. Dietz, BetrVG § 53 Anm. 7; Rewolle-Köst, HandKomm. 1954 § 53 Anm. 1.

langen, soweit dies zur Durchführung seiner in § 54 I b niedergelegten Aufgabe erforderlich ist¹⁾.

In einem TB kann der BR jedoch dann keine derartige Auskunft verlangen, wenn letztere mit der Unternehmenstendenz im unmittelbaren Zusammenhang steht und durch die Auskunftserteilung eine Gefahr für die geistig-ideelle Zielsetzung zu befürchten ist²⁾.

4. Einschränkung der Beteiligungsrechte in sozialen Angelegenheiten (§§ 56 bis 59).

Der § 56 gewährt dem BR ein echtes Mitbestimmungsrecht, denn bei der Durchführung der in § 56 gewährten Beteiligungsrechte im Wege von Betriebsvereinbarungen gem. §§ 52, 57 sind beide Partner völlig gleichberechtigt, und im Falle einer nicht zu lösenden Meinungsverschiedenheit entscheidet die Einigungsstelle (§ 56 II) als dritte, unabhängige Größe³⁾. Unter sozialen Angelegenheiten sind all die Fragen zu verstehen, die sich auf die Arbeitsbedingungen, die Art der Arbeitsleistung, das Verhalten der AN im Betrieb und ihre Behandlung beziehen, einschließlich des Betriebsschutzes⁴⁾.

Bei der Frage, wann in den einzelnen sozialen Angelegenheiten des § 56 durch das Mitbestimmungsrecht der AN eine Gefahr für die Unternehmenstendenz entstehen kann, muß von der Überlegung ausgegangen werden, daß es bei diesem Beteiligungsrecht um den Schutz und die Wohlfahrt der AN geht, der Gesetzgeber daher durch Gewährung eines vollen Mitbestimmungsrechtes die Existenz der AN sichern und die Gleichberechtigung in ihren menschlichen und arbeitsvertraglichen Beziehungen zum ArbGeb anerkennen wollte⁵⁾. Dieses Mitbestimmungsrecht sollte nur dann einge-

1) Vgl. Dietz, BetrVG § 54 Anm. 6 und 7a; Rewolle-Köst, Hand-Komm. 1954 § 54 Anm. 6.

2) Vgl. Dietz, BetrVG § 81 Anm. 18.

3) Vgl. Müller in BB 1953, 329.

4) So "Entwurf eines BetrVG in der Fassung der Beschlüsse der Ausschüsse der Arbeit und für Wirtschaftspolitik" vom 8.7.1952 - BT Drucksache Nr. 3585 S. 10.

5) So Begründung des CDU/CSU Entwurfs vom 17.5.1950 zum BetrVG - BT Drucksache Nr. 970 S. 17.

schränkt werden, wenn "die der Zweckbestimmung des Betriebes zugrundeliegende Tendenz eine Alleinentscheidung des ArbGbs notwendig macht"¹⁾.

Schutz und Wohlfahrt der AN sind sicherlich auch in TBen unabdingbare Postulate. Aus diesem Grunde wird das Mitbestimmungsrecht in sozialen Angelegenheiten nur im geringen Umfange durch die Tendenz eingeschränkt werden können²⁾. Trotzdem kommt es in Einzelfällen vor, daß bei der Schaffung der betrieblichen Ordnung im Wege der Betriebsvereinbarung die Wünsche und Forderungen der AN an die Verhältnisse und Notwendigkeiten eines Unternehmens mit geistig-ideeller Zielsetzung so angepaßt werden müssen, daß diese Tendenz unangetastet bleibt und uneingeschränkt verfolgt werden kann³⁾. Eine Kollision zwischen dem sozialen Mitbestimmungsrecht und der Unternehmenstendenz ist z.B. dann denkbar, wenn es daran geht, gem. § 56 I f Fragen der Betriebsordnung und des Verhaltens der AN im Betrieb zu vereinbaren (z.B. Kleidervorschriften in einem konfessionellen Unternehmen, Torkontrolle in einem partei-politischen Betrieb, Verteilung von Propagandamaterial oder Vertrieb von Druckschriften im Betriebsgebäude, Vorschriften über das Verhalten von ANn in einem Krankenhaus). Auch bei der Durchführung der Berufsausbildung (§ 56 I e, 57 b) kann u.U. eine Gefahr für die Tendenz entstehen, wenn entgegengesetzte AN-Interessen vorhanden sind.

In derartigen Ausnahmefällen kann es im Interesse der Tendenz geboten sein, einer Alleinentscheidung des ArbGbs unter Ausschluß der AN-rechte zum Sieg zu verhelfen. In den meisten Fällen aber handelt es sich beim sozialen Mitbestimmungsrecht um die Regelung rein technisch-organisatorischer Fragen, die den geistigen und gesinnungsmäßigen Gehalt der betrieblichen Arbeit

1) So Bericht des BT-Ausschusses für Arbeit vom 8.7.1952 BT Drucksache Nr. 3585 S. 18.

2) Vgl. Nipperdey in Hueck-Nipperdey, ArbR II S. 705; Fitting-Kraegeloh, BetrVG § 81 Anm. 16; Dietz, BetrVG § 81 Anm. 18; Arras in BB 1953, 63; Rewolle-Köst, Handkomm. 1954 § 81 Anm. 4; Endemann in BfArbR 1954, 365; Galperin in Börsenblatt 1953, 178; Galperin, BetrVG § 81 Anm. 18; Löffler in NJW 1954, 490; Kraegeloh in ZeitVerlg. 1952 Nr. 18 S. 8.

3) Vgl. Galperin, BetrVG § 81 Anm. 18.

nicht berühren. Dies gilt vor allem für die Einteilung der betrieblichen Arbeitszeit und Pausen (§ 56 I a), für die Regelung der Entlohnung (§ 56 I b, g, h), für die Aufstellung des Urlaubsplans (§ 56 I c) und für Maßnahmen des Unfallschutzes § 57 a).

5. Einschränkung der Beteiligungsrechte in personellen Angelegenheiten (§§ 60 bis 66).

Während die AN-Vertretung bei der Durchführung der allgemeinen Aufgaben (§§ 49 bis 55) und bei der Geltendmachung der Beteiligungsrechte in sozialen Angelegenheiten (§§ 56 bis 59) nur ausnahmsweise eine Beeinträchtigung der Unternehmenstendenz herbeiführen wird, weil die der Zweckbestimmung zugrunde liegende Tendenz keine Alleinentscheidung des Unternehmers erforderlich macht, kann dies im Bereich der p e r s o n e l l e n Angelegenheiten nicht gelten. Hier nämlich ist die Gefahr einer Beeinträchtigung oder Vereitelung der geistig-ideellen Zielsetzung am größten, da die Erhaltung und Durchsetzung einer derartigen Tendenz maßgeblich durch das p e r s o n e l l e Element bestimmt wird¹⁾. Die dem Unternehmen einmal gegebene, ü b e r der technisch-materiellen stehende, geistig-ideelle Zielsetzung lebt und wirkt nur weiter, wenn sie von der P e r s ö n l i c h k e i t getragen wird, sei es von der des Unternehmers oder der seines Beauftragten. Trifft in TBen also der Unternehmer personalpolitische Maßnahmen unter besonderer Berücksichtigung der Tendenz, so müssen alle personellen Beteiligungsrechte mit Rücksicht auf diese Tendenz in Wegfall kommen. In dieser Sphäre soll der Unternehmer ganz allein entscheiden können und sich nicht gehindert fühlen durch entgegengesetzte Interessen der AN.

Unter "personellen" Angelegenheiten versteht der Gesetzgeber alle "Maßnahmen, die sich auf das Zusammenwirken der Beleg-

1) Vgl. Nipperdey in Rvdirlav 1953, 632; Hünerfeld in Car. Korr. 1954, Heft 7/8; Hueck-Nipperdey, ArbR II S. 705; Endemann in BlfArbR 1954, 365; Galperin in Börsenblatt 1953, 178; Dietz, BetrVG § 81 Anm. 18; Löffler in NJW 1954, 490; Fitting-Kraegeloh, BetrVG § 81 Anm. 16.

schaft und ihre Schichtung beziehen¹⁾.

Bei der Prüfung der Frage, wann im konkreten Falle eine personelle Maßnahme aus tendenzbestimmten Erwägungen erfolgt, kommt es darauf an, ob das der Maßnahme zugrunde liegende Motiv in der Unternehmenstendenz begründet ist²⁾, ob die personelle Maßnahme zur Erhaltung der Tendenz erforderlich ist³⁾, ob sie in ihrem Beweggrund die ideelle Zielsetzung berührt⁴⁾, ob die Personalfrage in Wechselwirkung mit der Unternehmenstendenz steht⁵⁾.

In diesem Zusammenhang ist es wohl überflüssig, sich darüber zu streiten, ob innerhalb eines TBes die *t e n d e n z - l o s e* personelle Maßnahme den Regelfall und die personelle Tendenzentscheidung die Ausnahme darstellt oder umgekehrt⁶⁾, denn das ArbG muß - entweder im Beschlußverfahren oder incidenter im Kündigungsschutzstreit - stets in *j e d e m* konkreten Einzelfall entscheiden, ob ein TB oder eine Tendenzmaßnahme vorliegt. Dann wird entweder das Eingreifen des Tendenzschutzes nach § 81 I 2 bejaht oder es wird verneint. Keineswegs aber kann man sagen, daß eine *V e r m u t u n g* für die Tendenzlosigkeit (oder umgekehrt für die Tendenzbestimmtheit) spricht und jeder, der sich auf das Gegenteil berufen will, dies beweisen muß, mit der Folge, daß er u.U. beweisfällig bleibt. Die Behauptung einer Seite, eine Maßnahme sei tendenzbedingt oder tendenzfrei, kann nicht "unbewiesen" bleiben, denn sie kann nur eines von beiden sein. Hierüber hat das Gericht von Amts wegen zu entscheiden.

1) So Bericht des BT-Ausschusses für Arbeit vom 8.7.1952 - BT Drucksache Nr. 3585 S. 11.

2) So Maurer in AR-Blattei-TB-B III 3.

3) So Nipperdey in Rvdirlav 1953, 632.

4) So Galperin in Börsenblatt 1953, 178.

5) So Rewolle-Köst, HandKomm. 1954 § 81 Anm. 4.

6) Im ersteren Sinne ArbG Frankfurt in BB 1954, 805 und IAG Freiburg in AP 51 Nr. 38 S. 123, anders wohl Endemann in BlfArbR 1954, 365 Fußnote 4. Nach dem Willen des Gesetzgebers dürfte die erste Meinung vorzuziehen sein, denn man wollte den ANn das volle Mitbestimmungsrecht grundsätzlich in allen "arbeitsvertraglichen Verhältnissen" gewähren, also auch im personellen Bereich (vgl. CDU/CSU Entwurf vom 17.5. 1950 - BT Drucksache Nr. 970 S. 17).

Die Problematik des § 81 I 2 wird besonders augenfällig bei der Einstellung und Entlassung von ANn, weil dies Fragen sind, die unmittelbar AN-Interessen betreffen. Grundsätzlich wird man sagen müssen, daß es sich bei Personalmaßnahmen für und gegen AN in verantwortlichen Stellungen innerhalb eines TBes in der Regel um eine tendenzbestimmte Entscheidung handelt. Bei diesem Personenkreis muß verlangt werden, daß persönliche Einstellung und Unternehmenstendenz wenigstens bis zu einem gewissen Grad übereinstimmen¹⁾.

Im folgenden sollen die einzelnen personellen Beteiligungsrechte der AN aufgeführt und daraufhin untersucht werden, inwieweit sie eine Gefahr für die geistig-ideelle Zweckbestimmung darstellen.

a.) Mitbestimmungsrecht bei Einstellung, Umgruppierung und Versetzung (§§ 60, 63).

Ein echtes - wenn auch an bestimmte Voraussetzungen geknüpftes - Mitbestimmungsrecht hat der BR in Betrieben mit in der Regel mehr als 20 ANn bei der Einstellung, Umgruppierung²⁾ und Versetzung³⁾ eines ANs (§§ 60 II, 61, 63). Dieses Mitbestimmungsrecht ist als Einspruchsrecht ausgestaltet (§ 61 II). Der BR kann innerhalb von 2 Monaten durch Erhebung der Feststellungsklage einen Beschluß des ArbG herbeiführen, ob die Verweigerung seiner Zustimmung zu der Personalmaßnahme des ArbGbs zu Recht erfolgte, d. h. aus einem der Gründe des § 61 III. Entscheidet das Gericht im Sinne des BRs, so endet im Falle der

1) Vgl. Löffler in NJW 1954, 490; Galperin, BetrVG § 81 Anm. 17; Rewolle-Köst, HandKorm. 1954 § 81 Anm. 4; Kraegeloh in ZeitVerl. 1952 Nr. 18 S. 9; Fitting-Kraegeloh, BetrVG § 81 Anm. 16.

2) Unter Umgruppierung versteht das Gesetz jede Änderung der beruflichen oder arbeitsvertraglichen Stellung des ANs, und zwar sowohl eine Verbesserung, als auch eine Verschlechterung (vgl. Bericht des BT-Ausschusses für Arbeit v. 8.7.1952 / BT Drucksache Nr. 3585 S. 11).

3) Versetzung bedeutet Zuweisung eines anderen Arbeitsplatzes, wobei als Arbeitsplatz der innerhalb der betrieblichen Organisation vorhandene und für den Aufgabenbereich des ANs umschriebene Arbeitsbereich zu verstehen ist (vgl. Dietz, BetrVG § 60 Anm. 16).

Einstellung gegen den Willen des BRs das Arbeitsverhältnis spätestens 14 Tage nach Rechtskraft des Beschlusses (§ 62), im Falle von Umgruppierungen und Versetzungen gilt die Maßnahme des ArbGeba nach Ablauf derselben Zeit als rückgängig gemacht (§ 63, 62).

Die Gerichtsentscheidung kann gegenüber dem ArbGeb mittels Ordnungsstrafen durchgesetzt werden (§ 64).

Ein wesentlicher Gesichtspunkt für die Beurteilung der Frage, wann im Einzelfalle durch die Einstellung, Umgruppierung oder Versetzung von ANn innerhalb eines TBes die personellen Beteiligungsrechte der AN ausgeschaltet werden, ist die **F u n k - t i o n** des betreffenden ANs. So werden im Presse- und Verlagswesen derartige Maßnahmen gegenüber Schriftleitern, Redakteuren, Journalisten, Agenten, Setzern, angestellten Werbebeiratern und Lektoren in vielen Fällen von der Mitbestimmung der AN-Vertretung befreit sein, soweit derartige AN nicht sowieso schon zu den leitenden Angestellten des § 4 II c zählen, auf die das BetrVG insgesamt keine Anwendung findet.

Dasselbe muß ferner gelten bei künstlerischen TBen bezüglich der unternehmerischen Personalpolitik gegenüber Regisseuren, Dramaturgen, Dirigenten und Inspizienten, dagegen wohl nicht gegenüber einem Intendanten, der sicherlich unter § 4 II c fällt¹⁾.

Für Parteien und Gewerkschaften trifft dies ebenfalls zu bei personellen Veränderungen hinsichtlich der Vorstände, Sekretäre und Funktionäre.

Aber nicht nur solche AN, die mit der geistig-ideellen Tendenz unmittelbar befaßt sind, sondern auch diejenigen Personen des **k a u f m ä n n i s c h e n** und **t e c h n i s c h e n** Personals, die eine "verantwortliche und maßgebliche Stellung" einnehmen, zählen zu den ANn, gegen die der Unternehmer personelle Maßnahmen ohne Beteiligung des BRs durchführen kann²⁾.

1) Vgl. Maurer in AR-Blattei-TB-B III 3.

2) Vgl. Fitting-Kraegeloh, BetrVG § 81 Anm. 16; Löffler in NJW 1954, 490.

Alle diese AN¹⁾ sind im besonderen Maße in der Lage, auf die geistig-ideelle Zielsetzung des Unternehmens Einfluß zu nehmen²⁾ Der Unternehmer muß daher bei den meisten personellen Maßnahmen ihnen gegenüber Rücksicht nehmen auf die Unternehmenstendenz und seine Entscheidung auf die Erfordernisse abstimmen, die sich aus dem Tendenzcharakter ergeben. Hieran darf er nicht durch eine andersgesinnte AN-Vertretung gehindert werden, und zwar auch dann nicht, wenn der BR z.B. einen Grund zur Verweigerung der Zustimmung nach § 61 III hat. Soweit es die Tendenz erfordert, kann dann die Entscheidung des ArbGehs über die Einstellung eines ANs - trotz des in § 51 enthaltenen grundsätzlichen Verbots - von der Abstammung, Religion, Nationalität, Herkunft, dem Geschlecht, der politischen, gewerkschaftlichen Betätigung oder Einstellung des ANs abhängig gemacht werden, ohne daß der BR von seinem Weigerungsrecht gem. § 61 III c erfolgreich Gebrauch machen könnte³⁾.

Hingegen dürfte die Tendenz den Mitbestimmungsrechten der AN bei Einstellungen, Umgruppierungen und Versetzungen innerhalb eines TBes in der Regel dann nicht entgegenstehen, wenn es sich um AN handelt, die nur unbedeutende, von der Tendenz völlig unabhängige Aufgaben erfüllen⁴⁾. So werden in vielen Fällen personelle Maßnahmen gegenüber Stenotypistinnen, Buchhaltern, Bürogehilfen, kaufmännischen und technischen Angestellten, Registratoren, Lagerarbeitern, Zeitungsträger, Druckern, Putzfrauen, einzelnen Orchestermitgliedern etc. die Tendenz nicht berühren. Diese AN stellen dann keine Gefahr für die geistig-ideelle Zielsetzung dar. Bei personellen Maßnahmen ihnen gegenüber muß der Unternehmer daher nicht mit Rücksicht auf die Tendenz handeln.

Es ist aber durchaus nicht so, daß bei ANn der "ideellen Legislative" in j e d e m Falle keine personellen Beteiligungsrechte bestehen, bei ANn der "technischen Exekutive" da-

1) Frey in Anm. zu LAG Berlin in ArbUr 1956, 126 nennt sie AN "der ideellen Legislative" und die für die Tendenz besonders wichtigen Personen "Tendenzträger".

2) Vgl. Engler, BRG Hess. § 32 Anm. 7.

3) Vgl. Mansfeld, BRG § 81 Anm. 5; Schnorr v. Carolsfeld, ArbR S. 125, 127; Hueck-Nipperdey, ArbR II S. 852; Röhling, Diss. S. 106.

4) Frey in ArbUr 1956, 126 nennt sie AN der "technischen Exekutive".

gegen in j e d e m Falle einer personalpolitischen Maßnahme eine unternehmerische Entscheidung nur unter Beteiligung des BRs möglich wäre. Vielmehr kann im Rahmen des § 81 I 2 die entgegenstehende Eigenart des Unternehmens nur s p e z i e l l für jeden Einzelfall und nicht g e n e r e l l festgestellt werden¹⁾. Es ist durchaus denkbar, daß eine Umgruppierung oder Versetzung (weniger schon eine Einstellung) eines ANs in maßgeblicher Position ausschließlich aus finanziellen oder wirtschaftlichen Gründen geschieht²⁾. Andererseits ist es aber möglich, daß Tendenzerwägungen maßgebend sind bei personellen Maßnahmen gegenüber ANn in untergeordneten Positionen, z.B. bei der Einstellung von Druckern oder Stenotypistinnen in einen parteipolitischen Verlag³⁾.

Man wird aber wohl sagen können, daß bei TBen in den Fällen personeller Maßnahmen gegenüber ANn einflußreicher Positionen eine gewisse Vermutung für die Entscheidungsfreiheit des Unternehmers spricht, während bei Maßnahmen gegen AN in untergeordneten Stellungen das Eingreifen der vollen personellen Beteiligungsrechte naheliegt. Bei der Untersuchung der einzelnen personellen Maßnahme auf ihre Tendenzbedingtheit gilt in jedem Falle der Grundsatz, daß alle für die Sicherung der Unternehmenstendenz wichtigen Fragen der Personalpolitik ohne Beteiligung des BRs entschieden werden können⁴⁾.

Selbst wenn bei Einstellungen, Umgruppierungen und Versetzungen innerhalb eines TBes die AN-Beteiligungsrechte infolge des eingreifenden Tendenzschutzes nach § 81 I 2 wegfallen, wird man jedoch aus dem Gesichtspunkt der Erhaltung und Förderung der Betriebsgemeinschaft und des sozialen Friedens auch in TBen vom Unternehmer verlangen können, daß er dem BR rechtzeitig M i t t e i l u n g m a c h t von der geplanten personellen Maßnahme. Eine Auskunftspflicht über die Person des betreffenden ANs (vgl. § 61 I) wird man dem ArbGeb allerdings nicht auferlegen können.

1) Vgl. Frey in Anm. zu LAG Berlin in ArbUR 1956, 126.

2) Vgl. LAG Freiburg in BB 1951, 866.

3) Vgl. RAG in RAGE 10, 271; Arras in BB 1953, 63; Galperin in Börsenblatt 1953, 179.

4) Vgl. Galperin in Börsenblatt 1953, 179; Schnorr v. Carolsfeld, ArbR S. 320.

b.) Das Kündigungs- oder Versetzungsverlangen
des Betriebsrats (§ 66 IV).

Gem. § 66 IV kann der BR vom ArbGeb die Entlassung oder Versetzung desjenigen ANs verlangen, der den Betriebsfrieden durch "unsoziales" oder "gesetzwidriges Verhalten" wiederholt ernstlich gestört hat¹⁾.

Dieses Recht wird im Wege einer Feststellungsklage beim ArbG durchgesetzt (§ 82 I m). Stellt das ArbG fest, daß das Verlangen des BRs gerechtfertigt ist, so muß der ArbGeb unter Einhaltung der Kündigungsfrist das Arbeitsverhältnis lösen. Auch hier kann der ArbGeb durch Ordnungsstrafen zur Durchführung der Entscheidung angehalten werden (§ 64 II).

Der § 66 IV gibt demnach ein echtes Mitbestimmungsrecht des BRs denn letzten Endes handelt der BR hier im Rahmen der ihm in § 4 auferlegten Pflichten und gewährten Rechte, die innerbetriebliche Ordnung aufrecht zu erhalten.

Außerdem ist der § 66 IV genau betrachtet nur eine Fortsetzung des dem BR bei der Einstellung gem. § 61 III d gewährten Mitbestimmungsrechtes für die Zeit *n a c h* der Einstellung²⁾.

Obwohl es sich nicht um ein Entlassungsverlangen des ArbGeba handelt, sondern um eine Art Disziplinarmaßnahme auf Antrag des BRs, kann trotzdem im konkreten Fall auch einmal die Unternehmestendenz entgegenstehen³⁾. So können wiederholte politische oder religiöse Agitationsreden in einem *P r o d u k t i o n s - b e t r i e b* durchaus ausreichen, um das Verlangen des BRs nach § 66 IV zu rechtfertigen. In einem politischen oder konfessionellen TB aber kann der BR mit diesem Verlangen nicht durchdringen. Der § 66 IV kann in diesen Fällen keine Anwendung finden⁴⁾.

1) Vgl. aber auch Bobrowski, ArbR S. 313, 314; ferner ArbG Bremen in BB 1952, 604; LAG Hannover in BB 1952, 604 und BB 1953, 804 und Huber, WirtschaftsVwR II S. 545; Herschel-Steinmann, KSchG Anm. 39 b.

2) Vgl. Dietz, BetrVG § 66 Anm. 36.

3) A.A. Fitting-Kraegeloh, BetrVG § 81 Anm. 16 und Kraegeloh in ZeitVerl. 1952 Nr. 18 S. 9.

4) Vgl. Dietz, BetrVG § 66 Anm. 38; Schnorr v. Carolsfeld, ArbR S. 343.

Es ist interessant, festzustellen, daß es im Bereich des öffentlichen Dienstes eine derartige Mitwirkungsmöglichkeit der Belegschaft auf die Entlassungen von ANn weder im PersVG vom 5.8.1955 noch in den meisten einschlägigen Ländergesetzen gibt¹⁾.

- c.) Mitwirkungsrechte bei Individualkündigung, Einstellung und personeller Veränderung leitender Angestellter, Masseneinstellung und Masseneinstellung (§§ 65, 66).

In allen übrigen personellen Angelegenheiten hat der BR lediglich ein Mitwirkungsrecht, so bei der Individualkündigung ein Anhörungsrecht (§ 66 I), bei Masseneinstellungen oder Massenentlassungen ein Informations- und Beratungsrecht (§ 66 II)²⁾, bei Einstellungen und personellen Veränderungen leitender Angestellter i.S. des § 4 II ebenfalls nur ein Informationsrecht (§ 65).

Auch hier fehlt es wiederum an der rechtlichen Gleichstellung des BRs und des Unternehmers. Ferner besteht keine Möglichkeit, die Entscheidung einer dritten, unabhängigen Größe an die Stelle der Entscheidung des ArbGbs zu setzen.

Der Unternehmer bleibt vielmehr völlig frei in der Ausführung dieser personellen Maßnahmen. Er hat lediglich die Pflicht, in den Fällen der §§ 65, 66 den BR von seinen Plänen rechtzeitig in Kenntnis zu setzen und sich im Falle des § 66 den Standpunkt der Gegenseite anzuhören. Die der AN-seite verliehene Position kann daher nicht als eine "mitbestimmende" bezeichnet werden, sondern lediglich als eine "mitwirkende".

Es entsteht die Frage, ob die geistig-ideelle Zielsetzung eines Unternehmens durch ein derart schwaches Beteiligungsrecht der

1) Vgl. Schnorr v. Carolsfeld, ArbR S. 343.

2) BAG in BAGE 3, 142 = NJW 1957, 476; Kommt der ArbGeb seiner Pflicht aus § 66 II nach, dann bedarf es im konkreten Einzelfall keiner weiteren Anhörung des BRs vor Ausspruch einer Kündigung nach § 66 I.

AN überhaupt gefährdet werden kann. Ist dies nämlich nicht der Fall, so stehen den ANn auch in TBen die vollen Rechte aus §§ 65, 66 zu.

Nach der einen Meinung¹⁾ gehört die in § 66 I niedergelegte Pflicht des ArbGebs zur Anhörung des BRs vor Ausspruch einer Kündigung nicht zu den Vorschriften, die der Eigenart eines TBes hinderlich sein können, da durch die Anhörung der AN-Vertretung die a l l e i n i g e Entscheidungsbefugnis des Unternehmers nicht berührt wird. Es komme also garnicht darauf an, ob im Einzelfalle die Kündigungsmaßnahme in einem ursächlichen Zusammenhang mit der Unternehmenstendenz steht, denn die Anhörungspflicht des § 66 I könne in keinem Fall eine Gefahr für die Unternehmenstendenz darstellen und müsse daher auch in TBen gelten.

Von anderer Seite wird der Standpunkt vertreten, daß man in dieser Allgemeinheit nicht argumentieren könne, da in Einzelfällen die Tendenz auch dem Anhörungsrecht nach § 66 I entgegenstehen könne, z.B. in den Fällen von Kündigungen eines ANs in einflußreicher Position dann, wenn der Unternehmer bei der Anhörung des BRs zur Kündigung in die Verlegenheit kommen sollte, "seine ideellen Bestrebungen darlegen zu müssen"²⁾.

Die zuerst angeführte Meinung muß als die richtige angesehen werden.

Die Anhörungs-, Informations- und Beratungsrechte des BRs aus §§ 65, 66 haben ihre Wurzel in der suprema lex der Betriebsverfassung, nämlich in dem in § 49 normierten Postulat einer vertrauensvollen Zusammenarbeit innerhalb des Betriebes³⁾. Diese vertrauensvolle Zusammenarbeit ist aber in TBen genauso erforderlich wie in Produktionsbetrieben. Eigentlich handelt es sich bei diesen Pflichten des ArbGebs mehr um Gebote des Taktes und der Rücksichtnahme. Es kann nicht Sinn und Zweck des § 81 I sein, dieses gegenseitige Vertrauen

1) So LAG Berlin in NJW 1956, 78.

2) So Frey in ArbUR 1956, 126.

3) Vgl. Bobrowski, ArbR S. 279.

der Tendenz willen aufzugeben. Dies würde zu unerträglichen Spannungen innerhalb des Betriebes führen, mit der Folge, daß nun tatsächlich eine sehr ernste Gefahr für die Tendenz eintreten kann, denn ein Betrieb, in dem sich der BR - und damit die AN-schaft - laufend "kaltgestellt" fühlt, ist ein sehr schlechter Apparat im Dienste gleich welcher Tendenz.

Welche Gefahr sollte auch entstehen durch die AN-Beteiligungsrechte aus § 65 und § 66? Das Argument, der Unternehmer könne in die Verlegenheit kommen, seine geistig-ideellen Bestrebungen dem BR gegenüber darlegen zu müssen, ist nicht überzeugend. Wenn Frey¹⁾ in diesem Zusammenhang auf einen Beschluß des BAG²⁾ verweist, so ist dies nicht geeignet, seine Ansicht zu bekräftigen. Wie Frey an anderer Stelle selbst³⁾ überzeugend darlegt, besteht für den Unternehmer z.B. überhaupt keine Notwendigkeit, vor dem WA seine ideellen Bestrebungen darlegen zu müssen, da der WA laut § 67 II in erster Linie nur die Unterrichtung in wirtschaftlichen Angelegenheiten verlangen kann.

Genauso ist in den Fällen der §§ 65, 66 nicht einzusehen, wieso der Unternehmer vor die Notwendigkeit gestellt werden sollte, seine ideellen Bestrebungen offenbaren zu müssen. Er ist lediglich verpflichtet, die personelle Maßnahme dem BR rechtzeitig anzumelden, im äußersten Falle die Gegenseite hierzu zu hören. Es wird nicht von ihm die Rechtfertigung dieser Maßnahme unter Angabe von Tendenzmotiven im einzelnen verlangt. Selbst wenn er dies aber freiwillig tut, ist nicht einzusehen, wieso dies eine Gefahr für die Unternehmenstendenz bedeuten soll. Die geistig-ideelle Zielsetzung ist doch nicht etwas, was der Unternehmer als stilles Geheimnis für sich bewahren kann. Ein Unternehmen ist nur dann ein TB, wenn die Zweckbestimmung einem außenstehenden, objektiven Betrachter erkennbar ist. Umsomehr muß der BR als Organ der innerbetrieblichen Ordnung diese Tendenz kennen. Der Unternehmer verrät also kein Geheimnis, wenn er dem BR gegen-

1) In ArbUR 1956, 126.

2) In AP 55 Nr. 1 zu § 81.

3) In ArbUR 1956, 350.

über erklärt, eine personalpolitische Maßnahme erfolge aus diesen oder jenen tendenzbestimmten Gründen. Da der BR keine Möglichkeit hat, eine entgegengesetzte Ansicht durchzusetzen, kann die bloße Darlegung der ideellen Bestrebungen durch den Unternehmer - falls dies über die gesetzliche Pflicht aus §§ 65, 66 hinaus freiwillig geschieht - niemals eine Gefahr für die geistig-ideelle Tendenz des Unternehmens darstellen.

Dieses Ergebnis ist auch vom Standpunkt der Praxis gesehen die einzige, den Anforderungen der Rechtsicherheit entsprechende Lösung. Nachdem das BAG in seiner Rechtsprechung zu § 1 KSchG wiederholt¹⁾ entschieden hat, daß eine Kündigung ohne Anhörung des BRs nicht nichtig ist, sich der ArbGeb aber auf die Feststellungsklage des gekündigten ANs gem. § 3 KSchG nach Treu und Glauben dann nicht mehr darauf berufen kann, daß die Kündigung "sozial gerechtfertigt" i.S. des § 1 KSchG sei, wenn er die Anhörung des BRs rechtswidrig, vorsätzlich und schuldhaft unterlassen hat, würde eine andere Meinung in praxi dem Unternehmer eines TDes den Freibrief für den Fall jeder Kündigung geben, gleichgültig, ob es sich um eine Tendenzentscheidung handelt oder nicht. Wie soll man bei der Prüfung der Voraussetzungen des § 1 KSchG diesem Unternehmer jemals Rechtswidrigkeit, Vorsatz und Schuld nachweisen können, wenn es praktisch dem Gutdünken des ArbGehs überlassen bleibt, ob er eine tendenzbestimmte Kündigung annehmen will und daher ohne Beteiligung des BRs entscheiden kann oder nicht. Alle diesbezüglichen Zweifel - und für welche Kündigung innerhalb eines

1) So BAG in AP Nr. 1 zu § 66 BetrVG, in BAG 2, 87 und in BAGE 3, 142; vgl. hierzu auch LAG Hamm in AP 55 Nr. 3 zu § 66 BetrVG; LAG Baden in Mannheim in AP 56 Nr. 5 zu § 66 BetrVG; LAG Bayern in AP 56 Nr. 8 zu § 66 BetrVG; Bobrowski, ArbR S. 280, Huber, WirtschaftsVwR II S. 544 und Zusammenstellung in Herschel-Steinmann, KSchG § 1 Anm. 10, 10a, sowie Frey in ArbUr 1957, 70 ff; dagegen wendet Frey in ArbUr 1956, 325 ein, es sei zweifelhaft, ob eine Norm der kollektiven Betriebsverfassung (§ 66) "anspruchsbe gründend" oder "anspruchsvernichtend" einwirken könne auf einen konkreten Fall des individuellen Arbeitsrechtsverhältnisses (§ 1 KSchG). Dieser Einwand ist nicht gerechtfertigt, da die Nichtbeachtung des § 56 durch den ArbGeb im konkreten Fall die Ansprüche unberührt läßt. Dem ArbGeb ist lediglich verwehrt, sich darauf zu berufen, daß die Kündigung gem. § 1 KSchG "sozial gerechtfertigt" ist, da dies einer unzulässigen Rechtsausübung gleichkommen würde.

TBen lassen sich schließlich keine tendenzbestimmten Gründe finden - müßten zugunsten des ArbGeba gehen, mit der Folge, daß sein Verschulden stets ausgeschlossen wäre. Dies aber müßte zwangsläufig dazu führen, daß bei Kündigungen in TBen kein ArbGeb mehr den BR beteiligen würde. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll dies aber n u r d a n n der Fall sein, wenn die Eigenart des Betriebes, also die Unternehmenstendenz, einer Beteiligung entgegensteht.

Eine viel befriedigendere Lösung ist die, dem ArbGeb auch in TBen die Pflicht aufzuerlegen, den BR vor jeder Einzelkündigung zu hören. Ist ihm diese Pflicht bekannt und kommt er ihr trotzdem nicht nach, so spricht eine Vermutung für ein Verschulden des ArbGeba und es ist nun seine Sache, das Gegenteil zu beweisen. Gelingt ihm das nicht, so kann er sich auf Grund der Rechtsprechung des BAG nicht darauf berufen, daß die Kündigung "sozial gerechtfertigt" ist¹⁾.

Stellt aber das Anhörungsrecht des BRs bei Individualkündigungen keine Gefahr für die Unternehmenstendenz dar, mit der Folge, daß der § 66 I auch in TBen zu beachten ist, so muß dies ebenfalls gelten für die Informations- und Beratungsrechte bei Masseneinstellungen und -entlassungen (§ 66 II) und erst recht für das Informationsrecht bei der Einstellung und bei personellen Veränderungen leitender Angestellter (§ 65 i.V.m. § 4 II c). In keinem dieser Fälle ist die den ANn durch das BetrVG verliehene Rechtsposition stark genug, den ArbGeb bei der Verfolgung geistig-ideeller Ziele zu behindern. Daher kann in keinem dieser Fälle die Geltendmachung dieser Rechte - die mehr einer Anstandspflicht entspringen und sich zwingend aus dem Gebot der vertrauensvollen innerbetrieblichen Zusammenarbeit ergeben - eine Gefahr für die geistige Zielsetzung des Unternehmens bedeuten.

1) Nach IAG Berlin in NJW 1956, 79 steht einem derartigen Verhalten des ArbGeba die "exceptio doli" entgegen. Zutreffender dürfte aber die Annahme eines "venire contra factum proprium" sein, auf Grund dessen das Verhalten des ArbGeba als eine unzulässige Rechtsausübung erscheint (vgl. Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch II S. 1030, insbesondere Fußnote 26.)

III. Tendenzbetrieb und Kündigungsschutz.

Das KSchG selbst behandelt die Unternehmen mit geistig-ideeller Zielsetzung nicht. Im Kündigungsrecht gibt es also keine gesetzliche Ausnahmenvorschrift, die dem § 81 I BetrVG gleichkommen würde. Trotzdem hat die Sonderstellung der TBe auch eindeutig individualrechtliche Folgen, wirkt sich die Tendenzeigenschaft aus im Hinblick auf den Kündigungsschutz. Dies ist schon daraus ersichtlich, daß wichtige Entscheidungen der ArbGe zum Problem der TBe - außer im Beschlußverfahren gem. §§ 82 I b, 1, m BetrVG, 2 I Nr. 4, 8c bis 10c ArbZG - auch im Rahmen von Kündigungs-schutzprozessen ergelen¹⁾.

Die "Kündigungsschutzrechtliche Komponente" des Problems der TBe wird besonders augenfällig, wenn man sich den Rechtszustand zur Zeit der Geltung des BRG 2o vergegenwärtigt. Damals gab es nämlich kein besonderes Gesetz über den Kündigungsschutz. Der gekündigte AN konnte aber gem. § 84 BRG 2o binnen 5 Tagen den Arbeiter- oder Angestelltenrat anrufen, wenn seiner Meinung nach der begründete Verdacht vorlag, "daß die Kündigung wegen der Zugehörigkeit zu einem bestimmten Geschlechte, wegen politischer, militärischer, konfessioneller oder gewerkschaftlicher Betätigung oder wegen Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit zu einem politischen, konfessionellen oder beruflichen Verein oder einem militärischen Verbands erfolgt ist"²⁾. Diese Kündigung des § 84 Z. 1 BRG 2o wurde in Literatur und Rechtsprechung auch "Maßregelungskündigung" genannt.

Das materielle Einspruchsrecht des § 84 Z. 1 galt aber gem. § 85 nicht für die TBe i.S. des § 67³⁾, da die "Maßregelungskündigung" eben dann keine Maßregel - und damit kein von der

1) Vgl. BAG in AP 56 Nr. 15 zu § 1 KSchG.

2) Seit Inkrafttreten des ArbZG 26 konnte der Arbeiter- und Angestelltenrat oder der gekündigte AN binnen einer weiteren Frist ein Urteil des ArbG darüber herbeiführen, ob der Einspruch des ANs gegen die Kündigung gerechtfertigt war (§ 86 I S. 3). Vgl. hierzu auch Mansfeld, BRG § 85 Anm. 2a; Herschel-Steinmann, KSchG Vorbem. 1 und 2.

3) § 85 BRG 2o lautete: "Das Recht des Einspruchs nach § 84 Z. 1 gilt nicht für die im § 67 genannten Betriebe, soweit die Eigenart ihrer Bestrebungen es bedingt".

Rechtsordnung mißbilligter Vorgang - war, wenn die Beweggründe, die zur Kündigung führten, aus der speziellen geistig-ideellen Unternehmenstendenz ihre Erklärung fanden¹⁾. Berief sich demnach der ArbGeb darauf, daß sein Unternehmen TB i.S. des § 67 BRG 2o und die von ihm ausgesprochene Kündigung i.S. des § 85 t e n d e n z b e d i n g t sei, so mußte das ArbG nach Erlaß des ArbGG 26 bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit des Einspruchs des gekündigten ANs gem. § 84 Z. 1 die sich aus der TB-Eigenschaft des Unternehmens ergebende Problematik prüfen.

Genauso ist es heute, nur daß der gekündigte AN seinen Kündigungseinspruch nicht mehr auf eine Bestimmung der kollektiven Betriebsverfassung stützen kann (§ 84 BRG 2o), sondern auf bestimmte Vorschriften des gesondert erlassenen KSchG (§§ 2, 3). Nach wie vor aber zeigt die rechtliche Sonderstellung der TBe Auswirkungen auch im Kündigungsrecht.

Nach dem KSchG sind zweierlei Arten von Kündigungen zu unterscheiden: Die o r d e n t l i c h e Kündigung, die unter Einhaltung der gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfristen erfolgt und die a u ß e r o r d e n t l i c h e Kündigung, die unter besonderen Voraussetzungen eine vorzeitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses herbeiführt²⁾.

Für die ordentliche Kündigung gilt der Kündigungsschutz des § 1 II KSchG, wonach die durch den ArbGeb ausgesprochene Kündigung dann rechtsunwirksam ist, wenn sie "sozial ungerechtfertigt" ist, mit der Folge, daß das Arbeitsverhältnis weiterbesteht. Die Kündigung ist aber "sozial gerechtfertigt", wenn sie "durch Gründe, die in der Person oder in dem Verhalten des ANs liegen, oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des ANs in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist" (§ 1 II 1 KSchG).

Für die außerordentliche Kündigung, von der in § 11 KSchG die

1) Vgl. Mansfeldt, BRG § 85 Anm. 2a; Gewerbegericht Königsberg in Schlichtw 1924, 173; Stier-Somlo, BRG § 85 Anm. 1 und 2.

2) Vgl. Bobrowski, ArbR S. 282, 288; Nikisch, ArbR 55 S. 562, 563; Herrchel-Steinmann, KSchG § 1 Anm. 1a und § 11 Anm. 4; Hueck, KSchG § 1 Anm. 22 und 27, § 11 Anm. 2.

Rede ist, gilt nicht der Kündigungsschutz des § 1 KSchG. Der Hauptfall einer außerordentlichen Kündigung ist die "fristlose Kündigung" bei Vorliegen eines wichtigen Grundes (vgl. §§ 626 BGB, 133b GewO, 7o HGB)¹⁾.

Im Falle der ordentlichen Kündigung sowohl als auch bei einer außerordentlichen Kündigung kann der gekündigte AN im Wege der Feststellungsklage eine arbeitsgerichtliche Entscheidung darüber herbeiführen, ob die Kündigung den gesetzlichen Anforderungen genügt, ob sie also - bei der ordentlichen Kündigung - "sozial gerechtfertigt" ist, oder ob bei einer außerordentlichen Kündigung die gesetzlichen (meist "wichtiger Grund") bzw. vertraglichen Voraussetzungen erfüllt sind.

Das Gericht hat dann in jedem konkreten Einzelfalle auf Grund der gesamten Umstände zu prüfen, ob die Voraussetzungen zur Lösung eines Arbeitsverhältnisses gegeben sind. Sie sind u.a. dann gegeben, wenn der AN seine Pflichten aus dem Arbeitsvertrag verletzt, insbesondere wenn er gegen die ihm obliegende T r e u - p f l i c h t verstößt.

Innerhalb eines TBes i.S. des § 81 I sind besondere Anforderungen an die Treupflicht des ANs zu stellen²⁾. Inhalt, Umfang und Grenzen dieser Treupflicht werden von der Unternehmensten- denz bestimmt. Der AN, der Arbeit in einem TB aufnimmt, verpflichtet sich mit Abschluß des Arbeitsvertrags ausdrücklich oder stillschweigend, nichts zu unternehmen, was dieser beson-

1) Vgl. Hueck, KSchG § 1 Anm. 27; Herschel-Steinmann, KSchG § 11 Anm. 5 und Schnorr v. Carolsfeld, ArbR S. 398, die ausnahmsweise den Kündigungsschutz des § 1 KSchG auch bei Kündigungsmaßnahmen des Konkursverwalters gelten lassen wollen (§ 22 KO).

Vgl. ferner Hueck, KSchG § 11 Anm. 2; Nikisch, ArbR 55 S. 563, 587: die fristlose Kündigung ist also nicht das Gegenstück zur ordentlichen Kündigung, sondern ein wichtiger Unterfall der außerordentlichen Kündigung. Es kann sogar vorkommen, daß die ordentliche Kündigung kraft Vereinbarung unbefristet und umgekehrt die außerordentliche Kündigung an eine Frist gebunden ist.

2) Vgl. Schnorr in Anm. zu AP 53 Nr. 172 und Frey in Anm. zu AP 56 Nr. 15 zu § 1 KSchG, die ausführen, daß in TBen wie im öffentlichen Dienst eine erhöhte Treupflicht gelten müsse; Nikisch, ArbR 55 S. 384.

deren geistig-ideellen Zielsetzung schaden könnte. Verstößt der AN gegen die Unternehmenstendenz, so ist - je nach der Schwere des Verstoßes - u.U. eine aus diesem Grunde erfolgte ordentliche Kündigung "sozial gerechtfertigt", in schwerwiegenden Fällen ein "wichtiger Grund" für eine außerordentliche Kündigung gegeben¹⁾. Das konkrete Verhalten des gekündigten ANs mag in jedem anderen Produktions- oder Tendenzbetrieb kein Grund zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses sein, trotzdem kann es in d i e - s e m Unternehmen die Weiterbeschäftigung des ANs für den Arbeitgeber unzumutbar machen, da es sich mit der speziell h i e r verfolgten Tendenz nicht vereinbaren läßt.

Im TB ist eine Kündigung folglich immer dann gerechtfertigt, wenn sie durch in der P e r s o n oder dem V e r h a l t e n des ANs liegende Gründe oder durch dringende betriebliche Erfordernisse veranlaßt wurde u n d diese Gründe aus dem Gesichtspunkt des Schutzes der geistig-ideellen Zweckbestimmung ihre Rechtfertigung finden. Hierbei kann auch die Größe eines Unternehmens bedeutsam sein, denn das Verhalten eines ANs innerhalb eines Unternehmens mit geringer Anzahl von ANn wird u.U. viel gravierender erscheinen als in einem Großunternehmen und umgekehrt²⁾.

Die Treupflicht des ANs eines TBes, sich nicht tendenzwidrig zu verhalten, gilt in erster Linie i n n e r h a l b des Betriebes und seiner Ordnung. Handelt der AN hier entgegen der Tendenz, so wird in aller Regel eine unmittelbare, zur Kündigung berechtigende Verletzung des Arbeitsverhältnisses vorliegen, denn die Berücksichtigung des Tendenzcharakters ist mit Einführung der Tendenz in das Unternehmen, bzw. mit Eintritt des ANs in das Unternehmen, das bereits geistig-ideell ausgerichtet war, zum Gegenstand des Arbeitsvertrags geworden. In diesen Fällen des Tendenzverstoßes innerhalb des Betriebes durch a k t i v e s T u n kann es auch nicht so entscheidend darauf ankommen, ob es sich bei dem gekündigten AN um einen solchen in einflußreicher oder völlig untergeordneter Funktion handelt, wenn diese Gesichtspunkte auch nicht völlig unbeachtlich sein

1) Vgl. Krüger in RdA 1954, 374; Reuss in RdA 1956, 211; ganz allgemein Bobrowski, ArbR S.304 und schon RAG in RAGE 13,296.

2) Vgl. Nikisch, ArbR 55 S.384.

dürften (so ist u.U. eine geringe Tendenzwidrigkeit bei einem Hilfsarbeiter anders zu werten als bei einem AN in Schlüsselposition). Der innerhalb des Betriebs stattfindende direkte Angriff eines ANs auf die Tendenz ist immer eine Gefahr für diese Tendenz, es sei denn, es handelt sich um einen ganz unbedeutenden Verstoß. Will der ArbGeb diese Tendenz durch Ausspruch der Kündigung schützen, so darf dies keine nachteiligen Folgen für ihn haben. Dem Unternehmer eines konfessionellen TBe kann daher die Weiterbeschäftigung der vielzitierten Putzfrau dann nicht zugemutet werden, wenn sie während der Arbeitszeit und innerhalb des Betriebes atheistische Agitationsreden hält.

Eine andere, schon wesentlich schwierigere Frage ist die, ob das Verhalten des ANs a u ß e r h a l b des Betriebes, oder allein seine der Tendenz des Unternehmens entgegengesetzte G e s i n n u n g , ausreichen können, eine Kündigung unter dem Gesichtspunkt der Tendenzgefährdung zu rechtfertigen.

Zunächst ist zu bemerken, daß das außerbetriebliche Verhalten eines ANs dann ein Kündigungsrecht auslösen kann, wenn ein Z u s a m m e n h a n g zwischen dem Verhalten und dem Arbeitsvertrag besteht¹⁾. Umstände, die den Betrieb und damit das Arbeitsverhältnis nicht berühren, stellen in aller Regel keinen Kündigungsgrund dar. Diese grundsätzlich für jedes Arbeitsverhältnis geltenden Prinzipien müssen auch auf TBe Anwendung finden. In TBe besteht darüber hinaus aber noch die Besonderheit, daß ein der geistig-ideellen Zielsetzung des Unternehmens entgegengesetztes Verhalten - und eine sich darin äußernde entgegengesetzte Gesinnung - a u ß e r h a l b des Betriebes im besonderen Maße geeignet sein kann, eine Gefahr für die Unternehmenstendenz darzustellen. Der stets zu fordernde Zusammenhang zwischen dem außerbetrieblichen Verhalten und dem Arbeitsver-

1) IAG Mannheim in AP 54 Nr. 2 zu § 1 KSchG mit Anm. von Blohm Z. 1; Anm. Frey zu BAG in AP 56 Nr. 15 zu § 1 KSchG; Herschel-Steinmann, KSchG § 1 Anm. 40; Hueck, KSchG § 1 Anm. 35; IAG Hamm in AP 53 Nr. 162 S. 122; der erforderliche Zusammenhang ist z.B. gegeben, wenn ein als Kraftfahrer angestellter AN wegen einer Privatfahrt in trunkenem Zustand bestraft wird. er ist nicht gegeben, wenn dasselbe einem Büroangestellten passiert.

hältnis besteht dann darin, daß der AN sich bei seinem freiwilligen Eintritt in dieses besondere Rechtsverhältnis der geistig-ideellen Zielsetzung unterordnet und sich arbeitungsvertraglich verpflichtet, gegebenenfalls auch außerhalb des Betriebes entsprechend der Tendenz zu handeln und alles zu unterlassen, was diese Tendenz irgendwie gefährden könnte¹⁾.

In diesem Zusammenhang kann es dann nicht von untergeordneter Bedeutung sein, welche Funktion der AN im Betrieb einnimmt. Von Ausnahmefällen abgesehen, wird man sagen können, daß nur der gehobene und repräsentative AN durch sein außerdienstliches Verhalten entgegen der Tendenz für diese gefährlich sein kann²⁾. Hier müssen strengere Maßstäbe an die Zulässigkeit einer Kündigung wegen Tendenzverstoßes gestellt werden, da kein Unternehmer die völlige Identität der inneren Einstellung seiner AN mit der geistigen Unternehmenstendenz verlangen kann, weil außerordentliche Anforderungen bezüglich des außerbetrieblichen Verhaltens nur an solche AN gestellt werden können, die nach der Art ihrer Tätigkeit die Tendenzbestimmung des Unternehmens grundsätzlich beeinträchtigen können³⁾.

Es müssen also die Grundsätze, die zum Ausgleich der Interessenkollision zwischen den sozialen und personellen AN-Beteiligungsrechten und der geistig-ideellen Unternehmenstendenz innerhalb von TBen gem. § 81 I 2 BetrVG gelten (Tendenzbedingtheit der Maßnahme), sinngemäß auch für die Interessenkollision zwischen Kündigungsschutz und Unternehmenstendenz Anwendung finden⁴⁾.

Die ArbGe hatten in jüngerer Vergangenheit des öfteren Gelegen-

1) Vgl. Maurer, AR-Blattei-TB-B III 4; Nikisch, ArbR 55 S. 385, RdA 1950, 434 und Anm. zu AP 52 Nr. 2 S. 20; Galperin, Betr. 1952, 187, der dem Unternehmer eines TBes sogar ein Weisungsrecht über das außerbetriebliche Verhalten des ANs - als Ausdruck des allgemeinen Direktionsrechts - zubilligen will.

2) Anm. Frey in AP 56 Nr. 15 zu § 1 KSchG; Mansfeld, BRG § 85 Anm. 2a; Nikisch, ArbR 55 S. 384 und 595; IAG Hamm in AP 53 Nr. 162.

3) Vgl. Hessel in BB 1956, 407.

4) Vgl. BAG in AP 1956 Nr. 15 zu § 1 KSchG.

heit, sich mit der Frage auseinander zu setzen, wann im einzelnen das außerbetriebliche Verhalten oder die Gesinnung des ANe eine zur Lösung des Arbeitsverhältnisses berechtigende Verletzung der Verpflichtung aus dem Arbeitsvertrag darstellen. Insbesondere war es immer wieder die Zugehörigkeit zu einer politischen Partei, die hier im Brennpunkt der Auseinandersetzungen stand. Dabei wurde in den Entscheidungen meistens herausgestellt, daß der AN beim Eintritt in den öffentlichen Dienst erhöhte Treupflichten gegenüber dem Staat als seinem ArbGeb eingeht, er sich daher nicht in Widerspruch setzen darf zur politischen Ordnung innerhalb des Staates¹⁾.

Demzufolge ist im öffentlichen Dienst stets dann ein Grund zur Lösung des Arbeitsverhältnisses gegeben, wenn der AN Mitglied einer durch das BVerfG für verfassungswidrig erklärten Partei ist (seit dem 17.8.1956 also bei Mitgliedschaft in Ersatzorganisationen der KPD)²⁾, ferner bei Mitgliedschaft in einer verfassungfeindlichen Partei dann, wenn der AN bei einer Behörde tätig ist, zu deren speziellen Aufgabe die Verteidigung der verfassungsmäßigen Ordnung gehört³⁾. Die bloße Mitgliedschaft in einer noch nicht für verfassungswidrig erklärten, jedoch verfassungfeindlichen Partei berechtigt im allgemeinen erst dann zur Lösung des Arbeitsverhältnisses, wenn der öffentliche Bedienstete sich über diese Mitgliedschaft hinaus verfassungsfreinlich betätigt⁴⁾.

Genauso übernimmt der AN, der freiwillig Arbeit in einem Tendenzbetrieb i.S. § 81 I aufnimmt, erhöhte Treupflichten⁵⁾, die sich auch auf den außerbetrieblichen Bereich erstrecken. Vor allem muß dem Unternehmer eines TBes in Fällen tendenzwidriger Betätigung eines ANs außerhalb des Betriebes die

1) Vgl. Nikisch, ArbR 55 S. 384; LVwG Rheinld.-Pfalz in ÖV 1952, 476.

2) Vgl. BVerfG in BVerfGE 5, 85 ff = NJW 1956, 1393; LAG München in BB 1951, 701.

3) So LAG Bremen in BB 1951, 476.

4) So LAG Frankfurt in BB 1951, 896; LAG München in BB 1951, 701; LAG Bremen in BB 1951, 476.

5) Vgl. Nikisch, ArbR 55 S. 385 u. 622; Schnorr in Anm. zu AP 53 Nr. 172; Frey in Anm. zu AP 56 Nr. 15 zu § 1 KSchG.

Lösung des Arbeitsverhältnisses dann möglich sein, wenn ihm eine Weiterbeschäftigung wegen der Stellung des ANs und der damit verbundenen Möglichkeit der Einflußnahme auf die Unternehmenstendenz unter verständiger Würdigung aller Umstände nicht zumutbar ist. Je nach der Schwere des Tendenzverstoßes hat der ArbGeb dann die Möglichkeit der ordentlichen oder der außerordentlichen Kündigung. Aber auch die *b l o ß e M i t - g l i e d s c h a f t* in einer Organisation mit einer der Unternehmenstendenz feindlichen geistig-ideellen Zielsetzung kann - insbesondere bei ANn in Schlüsselpositionen - einen Kündigungsgrund darstellen. Allerdings dürfte nur in seltenen Fällen ein wichtiger Grund für eine *a u ß e r o r d e n t l i c h e* Kündigung gegeben sein¹⁾. So wurde z.B. die Teilnahme des Unterbezirkssekretärs einer Gewerkschaft an der Veranstaltung des FDGB in der DDR als Grund zur außerordentlichen Kündigung angesehen²⁾, ferner auch die gewerkschaftswidrige Agitation seitens eines Gewerkschaftsangestellten³⁾.

Auf nichtpolitischem Gebiet lassen sich ebenfalls Tendenzwidrigkeiten denken, die zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses führen können. So dürfen mit der Unternehmenstendenz nicht vereinbar sein: Ein Atheist als Lektor eines christlichen Verlags oder als Organist an einem kirchlichen Institut zur Pflege der Kirchenmusik, eine liebhaberreiche Witwe als Leiterin eines katholischen Mädchenheims, ein als Ehebrecher bekannter Küster an einer evangelischen Kirche, ein trunksüchtiger Arzt als Leiter einer Trinkerheilanstalt⁴⁾.

Die angeführten Beispiele zeigen, daß innerhalb von TBen eine Lösung des Arbeitsverhältnisses wegen tendenzwidrigen Verhaltens *a u ß e r h a l b* des Betriebes und wegen bloßer Mitgliedschaft in einer tendenzfeindlichen Organisation in der Regel nur dann rechtswirksam ist, wenn es sich um AN handelt,

1) Bei ANn in Spitzenpositionen zwar denkbar, hier kommt aber sowieso § 4 II c BetrVG zur Anwendung.

2) LAG Hannover in BB 1951, 476.

3) LAG Hamm in Betr. 1952, 396; ArbG Göttingen in ARSt VIII Nr. 689.

4) Aufgezählt bei Krüger in RdA 1954, 374; vgl. auch Röhling, Diss. S. 156.

die "in Richtung auf die Tendenz"¹⁾ beschäftigt sind. Dies ist nicht der Fall bei ANn in untergeordneten Positionen, da ihr außerbetriebliches Verhalten und ihre Mitgliedschaft in tendenzfeindlichen Organisationen keine Gefahr für die Unternehmenstendenz darstellt. So sind sicherlich die kommunistische Putzfrau und der atheistische Fensterputzer in einem konfessionellen TB keine Gefahr für diese Tendenz, mit der Folge, daß eine allein aus d i e s e m Grunde ausgesprochene Kündigung rechtsunwirksam ist. Stellt man sich auf den Standpunkt, daß ein katholisches Krankenhaus ein konfessioneller TB i.S. des § 81 I BetrVG ist (vgl. hierzu Ausführungen unten zu § 2 E I 3), so kann demzufolge einem dort beschäftigten Anstreicher nicht a l l e i n d e s h a l b rechtswirksam gekündigt werden, weil er nach seiner Ehescheidung entgegen den Forderungen des kanonischen Rechts erneut geheiratet hatte²⁾.

Auf die v e r f a s s u n g s r e c h t l i c h e Problematik des Verhaltens der AN innerhalb und außerhalb der Betriebe im allgemeinen, sowie innerhalb und außerhalb von TBen im besonderen, soll später eingegangen werden (vgl. unten § 3 B, II).

C. IST DIE REGELUNG ÜBER DEN TENDENZSCHUTZ IN § 81 I "IUS DISPOSITIVUM" ODER "IUS COGENS"?

Es wurde bereits untersucht, daß das BetrVG keine Anwendung findet auf Betriebe und Verwaltungen der öffentlichen Hand (§ 88 I). In derartigen Unternehmen sind Art und Umfang der AN-Beteiligungsrechte sowie deren Geltendmachung im PersVG und den entsprechenden Ländergesetzen bzw. im KRG Nr. 22 geregelt. Das BetrVG findet weiterhin keine Anwendung auf Religionsgemeinschaften und deren karitative und erzieherische Einrichtungen

1) So Maurer, AR-Blattei-TB-B III 4.

2) So LAG Düsseldorf in RdA 1954, 159; a.A. BAG in AP 56 Nr. 15 zu § 1 KSchG = NJW 1956, 646 und Röhling, Diss. S. 157, der aber denselben - m.E. irreführenden - Weg geht wie das BAG, das ein katholisches Krankenhaus als "konfessionellen TB" ansieht, dann aber die Grundsätze der Gesetzesbestimmung über den Tendenzschutz n i c h t anwendet (vgl. unten zu § 2 E I 3).

(§ 81 II). Schließlich gilt das BetrVG in den TBen des § 81 I nur teilweise. Die Frage ist nun, ob dann, wenn das BetrVG keine Anwendung findet und auch keine besondere gesetzliche Regelung ähnlich der des PersVG eingreift, durch f r e i - w i l l i g e V e r e i n b a r u n g (Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung) im Falle des § 81 II trotzdem Betriebsvertretungen gebildet werden können, oder im Falle des § 81 I den auf Grund Gesetzes zu bildenden Betriebsvertretungen w e i t e r g e h e n d e Rechte eingeräumt werden können, als dies eigentlich im Gesetz vorgesehen ist.

Zur Beantwortung dieser Frage ist es wichtig, zu erkennen, daß sich aus § 81 I und II gleichzeitig auch die Abgrenzung des G e l t u n g s b e r e i c h s des BetrVG ergibt. Aus dieser Erkenntnis folgt die Lösung ohne besondere Schwierigkeiten. Es leuchtet ein, daß eine A u s d e h n u n g des Geltungsbereichs der Bestimmungen des BetrVG auf die kraft Gesetzes ausgeschlossenen Einrichtungen des § 81 II oder eine E r w e i - t e r u n g der Vorschriften auf die in § 81 I ausgenommenen TBe auf Grund freiwilliger vertraglicher Vereinbarung nicht zulässig sein kann¹⁾. Insofern kann man sagen, daß der gesetzliche Geltungsbereich des BetrVG, der in der g ä n z l i - c h e n Herausnahme der Einrichtungen des § 81 II und in der t e i l w e i s e n Herausnahme der TBe des § 81 I seinen Ausdruck findet, z w i n g e n d e Vorschrift ist, von der nur das Gesetz selbst Ausnahmen zulassen könnte²⁾. Völlig unmöglich ist es also, durch Vereinbarung etwa den § 81 insgesamt auszuschließen. Das wäre eine unzulässige Ausdehnung des gesetzlichen Geltungsbereichs durch Vertrag.

Damit soll aber nicht gesagt werden, daß die Einrichtungen des

1) Ganz allgemein verneinen die Möglichkeit einer vertraglichen Erweiterung der AN-Beteiligungsrechte in wirtschaftlichen, sozialen und personellen Fragen über die im BetrVG gewährten Rechte hinaus: Dietz, BetrVG Einf. III 3 vor § 1 unter Hinweis auf die §§ 60 I u. II, 75 BetrVG; ferner auch BAG in BAGE 3, 168; Hilger in RdA 1957, 161 ff und Huber, WirtschaftsVwR II S. 540, 541, 548; vgl. auch Zusammenstellung bei Herschel-Steinmann, KSchG § 1 Anm. 10b. A.A. Schnorr v. Carolsfeld, ArbR S. 408.

2) Vgl. Dietz, BetrVG Vorbem. 1 zu § 81; Galperin, BetrVG Anm. 22 vor § 1 und § 8 Anm. 24; Maurer, AR-Blattei-TB-D.

§ 81 II sich nur in dem Maße, in dem Vereinbarungen bereits andersge-
rührt, eine AN-Vertretung einzurichten und diese mit bestimm-
ten Rechten und Befugnissen auszustatten¹⁾, oder das TBe des
§ 81 I nicht durch freiwillige Vereinbarung ihrem BR z.B. auch
in wirtschaftlichen Angelegenheiten Beteiligungsrechte einräu-
men konnten²⁾. Solange der Unternehmer als derjenige, der die
geistig-ideelle Zielsetzung des Unternehmens bestimmt,
keine Gefahr für die Tendenz nicht oder eine solche im Interes-
se einer gedeihlichen Zusammenarbeit mit der AN-Vertretung bis
zu einem gewissen Grad in Kauf nehmen will, solange kann der
Staat kein Interesse haben, gegen den ausdrücklichen Willen des
Unternehmers die AN-Rechte einzuschränken³⁾.

In all den Fällen, in denen auf Grund freiwilliger Vereinbar-
ungen vom § 81 I und II dahin abweichende Regelungen getrof-
fen werden, daß den AN mehr Rechte zugewillt werden,
als ihnen nach dem Gesetz eigentlich zustehen, können diese zu-
satzlichen Rechte jedoch nicht als dem BetrVG geltend
gemacht werden, vielmehr muß jedes einzelne Recht seine Stütze
in der v e r t r a g l i c h e n Vereinbarung finden.

Als konkretes Beispiel würde das bedeuten, daß im Falle des § 81
II wohl eine Betriebsvertretung der AN gebildet werden kann,
diese aber aber niemals auf die Beteiligungsrechte des Betr
VG berufen kann. Dasselbe muß gelten, wenn in einem TR der AN-
Vertretung mehr Rechte eingeräumt werden, als nach dem Gesetz
vorgesehen sind⁴⁾.

1) Vgl. auch Röhling, Diss. S. 39, 173.

2) Vgl. Bührig, Handb. der BetrVerf. § 81 Erl. 13 und 15.

3) Herschel-Steinmann, KKStG § 1 Anm. 106 bejahen die Möglich-
keit einer Vereinbarung, die über § 66 BetrVG hinaus eine
Zustimmung des BRs bei ordentlichen Kündigungen als Wirksam-
keitsvoraussetzung notwendig macht. Das aber wäre ebenfalls
eine vertragliche Erweiterung der personellen Beteiligungs-
rechte aus § 66 BetrVG.

4) Vgl. Galperin, BetrVG Anm. 22 vor § 1 und § 8 Anm. 4,
Granzow in RdA 1950, 301.

Das Ergebnis ist also: Solange der gesetzliche Geltungsbereich des BetrVG nicht erweitert wird, ist eine vertragliche Vereinbarung, die von der Regelung des § 81 I und II abweicht, zulässig. Das hat aber zur Folge, daß die AN-Vertretung die zusätzlich durch Vereinbarung gewährten Rechte nicht aus dem BetrVG geltend machen kann.

D. DER VERLUST DER EIGENSCHAFT ALS TENDENZBETRIEB.

Unter Berücksichtigung der bisherigen Erörterungen muß ein TB i.S. des § 81 I die durch das Gesetz gewährte betriebsverfassungsrechtliche Sonderstellung dann verlieren, wenn er die geistig-ideelle Zielsetzung aufgibt und nur noch ausschließlich materielle Ziele verfolgt. Diese Aufgabe einer geistig-ideellen Tendenz muß aber eine nachhaltige sein, d. h. es darf in absehbarer Zeit nicht mit der erneuten Herbeiführung einer Tendenz des § 81 I zu rechnen sein.

Der Tendenzschutz des § 81 I wird auch dann nicht mehr eingreifen können, wenn die tendenzbestimmte Tätigkeit innerhalb des Unternehmens zur völligen Bedeutungslosigkeit herabsinkt, so daß man nicht mehr sagen kann, das Unternehmen "dient" dieser Tendenz. Dies wird stets dann der Fall sein, wenn dem außenstehenden, objektiven Betrachter die geistig-ideelle Richtung nicht erkennbar wird.

Problematisch ist, ob ein Unternehmen noch als TB angesprochen werden kann, wenn mehrere, einander entgegengesetzte geistig-ideelle Richtungen i.S. des § 81 I verfolgt werden, wenn einer Zielsetzung gedient wird, die zu der bisherigen Tendenz im Widerspruch steht. Am konkreten Beispiel: Ist ein Unternehmen auch dann TB, wenn es parteipolitische Schriften sowohl linksgerichteter als auch rechtsgerichteter Parteien, wenn es Propagandamaterial sowohl für die Gewerkschaften als auch für die Arbeitgeberverbände herstellt und vertreibt?

Liegt auch dann noch ein konfessioneller TB vor, wenn in einem Unternehmen neben konfessionellen Blättern auch zweideutige Photomagazine gedruckt und vertrieben werden?

Diejenigen, die bei derartigen Voraussetzungen das Vorliegen eines TBes verneinen¹⁾, gehen fälschlicherweise davon aus, daß § 81 I eine geistig-ideelle Gesamtrichtung verlangt. Sie lesen den § 81 I also so, als ob es hieße: "Auf Betriebe, die e i n e r politischen, gewerkschaftlichen, etc., etc., Zweckbestimmung dienen ..". Das Gesetz stellt aber eindeutig keine derartigen Anforderungen. Ein Unternehmen, das gleichzeitig für zwei politische Parteien arbeitet, die sich in ihren Anschauungen konträr gegenüberstehenden, dient genauso politischen Zweckbestimmungen, wie ein Unternehmen, das ausschließlich nur einer Partei dient. Das Gesetz verlangt nicht eine geistig-ideelle Gesamtrichtung. Solange es e i n e der in § 81 I aufgezählten Richtungen verfolgt, ist es ein TB. Daran kann sich auch dann nichts ändern, wenn das Unternehmen mehrere Anschauungen, die sich innerhalb dieser Richtungen widersprechen oder gar ausschließen, g l e i c h z e i t i g zu Wort kommen läßt. Beim Unternehmen, das sowohl konfessionelle als auch pornographische Publikationen herstellt und vertreibt, kann nichts anderes gelten. Mit der Herstellung und dem Vertrieb konfessioneller Schriften dient das Unternehmen einer Tendenz i. S. des § 81 I. Diese Tendenz ist genauso schutzwürdig, wie wenn das Unternehmen auch seine übrige Tätigkeit auf die Gesamtrichtung "religiös" abgestimmt hätte, da auch hier die konfessionelle Tendenz durch die Beteiligungsrechte andersgesinnter Aⁿ gefährdet sein kann.

Ebenso abzulehnen ist die Ansicht²⁾, daß durch ein häufiges Wechseln der Tendenz grundsätzlich ein Verlust der TBs-Eigenschaft eintrete, weil man bei einem TB eine gewisse S t e - t i g k e i t der geistig-ideellen Zielsetzung verlangen müsse. Solange Bestrebungen verfolgt werden, die in § 81 I aufgezählt sind, muß auch der Tendenzschutz eingreifen, ohne Rücksicht darauf, über welche Zeiträume hinweg der einzelnen Tendenz jeweils gedient wird.

1) Vgl. Heihoff, Diss. S. 45.

2) Vgl. Heihoff, Diss. S. 45.

In den seltenen Fällen, in denen abwechselnd Richtungen des § 81 I über kurze Zeiträume verfolgt werden, die übrige Zeit aber rein materielle Bestrebungen maßgebend sind, wird im konkreten Einzelfall zu prüfen sein, ob der außenstehende, objektive Betrachter bei vernünftiger Würdigung aller Umstände feststellen kann, daß das Unternehmen einer geistig-ideellen Zweckbestimmung dient. Dies ist nur dann *n i c h t* der Fall, wenn die tendenzbestimmte Tätigkeit ganz ausnahmsweise und über relativ kurze Zeit hinweg ausgeführt wird, sodaß man von einer Unterordnung der unternehmerischen Tätigkeit unter die Tendenz nicht mehr sprechen kann (vgl. auch oben zu § 2 A II 3).

E. EINZELFÄLLE.

I. Die Krankenhäuser.

1. Krankenhäuser der öffentlichen Hand.

Krankenhäuser, Heil- und Pflegeanstalten, deren Rechtsträger der Bund oder die bundesunmittelbaren Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts sind, fallen nicht unter das BetrVG (§ 88 I). Für sie gelten die Bestimmungen des PersVG (§ 1)¹⁾.

Sind die Länder, Gemeindeverbände, Gemeinden oder sonstige Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des Landesrechts Rechtsträger derartiger Einrichtungen, so findet das BetrVG ebenfalls keine Anwendung (§ 88). Für sie gelten aber auch die Bestimmungen des PersVG nicht, sondern die speziellen PersVGs der Länder oder, falls diese noch nicht erlassen sind, die einschlägigen Regelungen in den Betriebsrategesetzen der Länder²⁾, evtl. auch noch das KRG Nr. 22.

1) Vgl. Dietz, PersVG § 1 Anm. 9 und 10.

2) In Bayern z.B. §§ 106 ff BRG.

Bei den Krankenhäusern der öffentlichen Hand tritt also das Problem der TBe nicht auf, da man in Sondergesetzen den Besonderheiten dieser Einrichtungen (Grundtendenz: Wahrung öffentlicher Belange) Rechnung trägt (vgl. Erörterungen oben unter § 2 A I 3 b bb).

2. Privatkanenhäuser, Privatkliniken.

Werden derartige Einrichtungen aber von privater Hand betrieben, so entsteht die Frage, ob sie als TBe i.S. des § 81 I angesehen werden können. Die Frage soll zunächst für die nicht-konfessionellen Einrichtungen dieser Art untersucht werden.

Welcher geistig-ideellen Zweckbestimmung dient ein privates, nicht-konfessionelles Krankenhaus?

Zu denken wäre an eine "karitative", "wissenschaftliche", "erzieherische" oder eine "ähnliche" Tendenz i.S. des § 81 I.

Die Annahme einer "karitativen" Tendenz scheidet aus, da karitative Betätigung im Grunde "Wohltätigkeit zur Behebung materieller Notlagen" ist¹⁾. Private Krankenhäuser sind jedoch keine Wohltätigkeitsanstalten, sondern durchaus mit Wirtschaftsunternehmen zu vergleichen (man denke an kostspielige Sanatorien und Kliniken²⁾). (Zur Ergänzung vgl. Ausführungen oben zu § 2 A I 1 d).

Privatkanenhäuser können jedoch u.U. "wissenschaftliche" oder "erzieherische" TBe sein, und zwar dann, wenn zusätzlich zur Betreuung der Patienten Einrichtungen betrieben werden, die der medizinischen Forschung dienen, bzw. wenn man es sich gleichzeitig zur Aufgabe gemacht hat, ärztliches Pflegepersonal auszubilden.

Sämtliche Privatkanenhäuser und Privatkliniken sind aber als Unternehmen mit einer den in § 81 I ausdrücklich aufgezählten Zielen "ähnlichen" Zweckbestimmung anzusehen.

1) So Hessel in BB 1956, 406.

2) A.A. Heihoff, Diss. S. 35.

Sie haben sich die Aufgabe gestellt, kranke Menschen ohne Unterschied der Rasse, Herkunft oder Religion nach den Erkenntnissen der Medizin, in Verbindung mit den allgemeingültigen humanitären Grundsätzen, zu pflegen und zu betreuen¹⁾. Kenntnis und Anwendung der medizinischen Errungenschaften a l l e i n genügen nicht. Hinzukommen muß eine gewisse geistig-ideelle Einstellung des Arztes und des Pflegepersonals, nämlich, unter Hintanstellung der persönlichen Belange, das ihnen anvertraute Leben zu schützen, zu erhalten, Krankheiten zu heilen und Schmerzen zu lindern.

Diese den Krankenhausbetrieb charakterisierende Einstellung ist als eine den Richtungen des § 81 I "ähnliche" Tendenz anzusehen. Die Schutzwürdigkeit einer derartigen geistigen Einstellung ergibt sich nicht zuletzt auch aus Art. 2 II 1 GG. (Zur Ergänzung vgl. oben zu § 2 A I 1 h).

3. Konfessionelle Krankenhäuser.

Konfessionelle Krankenhäuser sind solche Krankenhäuser, die im Eigentum einer Kirchengemeinde stehen und konfessionell geleitet werden²⁾.

Noch ehe man aber die Frage prüft, ob ein konfessionelles Krankenhaus ein TB i.S. des § 81 I ist, muß geklärt werden, ob es nicht unter den § 81 II fällt³⁾, mit der Folge, daß sowohl das BetrVG als auch das PersVG insgesamt keine Anwendung finden (§§ 81 II BetrVG, 96 PersVG) und es diesem Krankenhaus dann selbst überlassen bleibt, eine eigene Ordnung seines Personalvertretungsrechts durchzuführen.

-
- 1) Außer Fußnote 2 S. 153 Maurer in AR-Blattei-TB-B II 1 d, der hier eine "sozialhygienische" Zweckbestimmung annimmt.
 - 2) Unter den rund 3325 Krankenanstalten der Bundesrepublik gibt es heute allein 900 katholische Krankenhäuser (Hinweis bei Klein in BB 1956, 756).
 - 3) Diese Notwendigkeit erkennt auch Röhling, Diss. S. 77, Fußnote 2.

Das BAG hat in seinem vielbeachteten Urteil vom 31.1.1956¹⁾ nicht ausdrücklich entschieden, ob ein einer katholischen Kirchengemeinde gehöriges und von ihr geleitetes Krankenhaus ein TB i.S. des § 81 I ist oder als karitative Einrichtung einer Religionsgemeinschaft unter § 81 II fällt. Aus der Urteilsbegründung ergibt sich jedoch, daß das BAG es unter die TBs des § 81 I einreicht, und zwar mit aller Wahrscheinlichkeit unter die "konfessionellen"²⁾.

Hierbei hat das BAG - m.E. zu Unrecht - nicht berücksichtigt, daß dann, wenn Religionsgemeinschaften selbst unmittelbar als Träger eines Krankenhauses auftreten, die Anwendung des BetrVG gem. § 81 II überhaupt ausgeschlossen ist, es derartigen Einrichtungen also völlig selbst überlassen bleibt, die Beziehung zwischen Anstaltsleitung und den Beschäftigten zu regeln.

Das Gesetz unterscheidet ausdrücklich zwischen Betrieben mit konfessionellen, karitativen oder erzieherischen Zweckbestimmungen (§ 81 I) einerseits und Religionsgemeinschaften und ihren karitativen oder erzieherischen Einrichtungen (§ 81 II) andererseits. Daraus kann gefolgert werden, daß die in § 81 II genannten Einrichtungen der Kirche nicht als "Betriebe" i.S. des Betriebsverfassungsrechts anzusehen sind. Ein katholisches Krankenhaus ist eben keine "Zusammenfassung technischer und organisatorischer Mittel zur Erreichung eines bestimmten Betriebszweckes". Es ist kein Betrieb mit karitativer oder konfessioneller Zweckbestimmung, sondern eine karitative Einrichtung der katholischen Kirche. Das primär Ent-

1) In AP 56 Nr. 15 zu § 1 KSchG = NJW 1956, 646; Das BAG entschied, daß ein katholischer Anstreicher, der seit über 20 Jahren AM in einer einer katholischen Kirchengemeinde gehörigen und von ihr geleiteten Krankenhaus tätig war, dann keinen Kündigungsschutz beanspruchen kann, wenn er sich nach seiner Abscheidung zu Lebzeiten seiner ersten Frau entgegen dem Verbot des kanonischen Rechts wieder verheiratet und sich dadurch aus der aktiver kirchlichen Gemeinschaft ausschließt.

2) So auch Erdmann, BetrVG § 81 Anm. 8; LAG Düsseldorf in RdA 1954, 159; Gros-Ilwert, HandwB des ArbR S. 281; früher schon Mansfeld, BBG § 67 Anm. 2; Wenn Frey in seiner Anm. in AP 56 Nr. 15 zu § 1 KSchG annimmt, aus dem BAG-Urteil ergebe sich, daß ein "karitativer" TB anzunehmen sei, so kann dem nicht zugestimmt werden; ferner Röhling, Diss. S. 173, Fußnote 1.

scheidende ist, daß sich hier etwas "zutiefst Religiöses" vollzieht, daß hier das der Anstalt aufgegebenes Werk der christlichen Nächstenliebe durchgeführt werden soll¹⁾. "Caritas" im Sinne der katholischen Kirche bedeutet Dienst am Nächsten und zwar sowohl am leiblichen als auch am seelischen Wohl jedes Mitmenschen²⁾.

Ein im Eigentum der Kirche stehendes und von ihr geleitetes Krankenhaus ist also kein TB i.S. des § 81 I, sondern eine "karitative Einrichtung" der Religionsgemeinschaft i.S. des § 81 II³⁾. Wenn man an die Ausbildung und Erziehung junger Ordensschwestern und kirchlichen Pflegepersonals im Geiste dieser religiösen Prinzipien denkt, so kann man derartige konfessionelle Krankenhäuser u.U. auch als "erzieherische Einrichtungen" i.S. des § 81 II bezeichnen.

Offenbar hat auch der Gesetzgeber angenommen, daß die konfessionellen Krankenhäuser unter § 81 II fallen, denn die parlamentarische Opposition hat gerade das Beispiel der konfessionellen Krankenhäuser zum Anlaß genommen, die Änderung des § 81 II dahin zu beantragen, daß nur die Religionsgemeinschaften und deren s e e l s o r g e r i s c h e Einrichtung vom BetrVG ausgenommen sein sollen, damit die vielen weltlichen AN innerhalb konfessioneller Anstalten - und dabei dachte man gerade an die konfessionellen Krankenhäuser - nicht "schutzlos" sind. Dieser Antrag wurde von der parlamentarischen Mehrheit abgelehnt, ohne daß die Einreihung der konfessionellen Krankenhäuser unter die Einrichtungen des § 81 II beanstandet wurde⁴⁾.

1) Vgl. Hünérfeld in Car.Korr. 1954 Heft 7/8.

2) Aswerus in Kler.Bl.1954, 255 sieht die Dinge zu sehr von der religiös-dogmatischen Seite und kann daher wenig zur Lösung der arbeitsrechtlichen Problematik beitragen. Seiner Meinung nach geht es bei kath.Krankenhäusern zunächst nicht um die medizinische Behandlung, auch nicht um Wohltätigkeit oder Nächstenliebe schlechthin, sondern um die Verherrlichung Gottes und die Heiligung dieser Welt. Diesem Ziel müßten sich a l l e AN unterordnen und stets zur "opferwilligen Hingabe" bereit sein. Dagegen mit Recht Küster in BB 1956, 759, der darauf hinweist, daß die christlichen Partner sorgfältig unterscheiden sollten, was sie sich selbst und was sie anderen zumuten wollen.

3) A.A. Reuss in RdA 1956, 210, der annimmt, die in § 81 II genannten Einrichtungen seien TBe mit der Besonderheit, daß das ganze BetrVG keine Anwendung findet.

4) Vgl. Abg.Dr.Preller (SPD) zum Antrag Umdruck Nr.617 Z.50 - Sten.Ber.S. 10086.

Wenn auch das BetrVG auf derartige konfessionelle Krankenhäuser keine Anwendung findet, so wird man doch sagen müssen, daß die Arbeitsverhältnisse w e l t l i c h e r AN in derartigen Einrichtungen in der Regel von den zwingenden Bestimmungen des weltlichen Arbeitsrechts ergriffen werden¹⁾. So wird z.B. der § 1 KSchG auch für diese AN gelten²⁾. Ein weltlicher AN in einem konfessionellen Krankenhaus kann sich also u.U. mit Erfolg darauf berufen, daß eine gegen ihn ausgesprochene Kündigung "sozial ungerechtfertigt" sei.

Bei der Prüfung, ob die im Verhalten und in der Person des weltlichen ANs liegenden Gründe einen Kündigungsgrund abgeben, ist es wiederum von entscheidender Bedeutung, ob es sich beim konfessionellen Krankenhaus um einen TB i.S. des § 81 I oder um eine karitative bzw. erzieherische Einrichtung einer Religionsgemeinschaft i.S. des § 81 II handelt. Nur im ersteren Falle gelten die Grundsätze, die Lehre und Rechtsprechung zum Ausgleich der Interessenkollision zwischen den AN-Rechten und der Unternehmenstendenz herausgearbeitet haben, sinngemäß auch für die Interessenkollision zwischen Kündigungsschutz und Unternehmenstendenz. Nur im ersteren Falle kann es also bei der Prüfung der Frage, ob das außerdienstliche Verhalten des ANs für das Arbeitsverhältnis arbeitsrechtlich relevant ist, darauf ankommen, welche S t e l l u n g der AN innerhalb der Anstalt einnimmt, welches seine Aufgaben sind und ob er die Möglichkeit hat, die Unternehmenstendenz zu gefährden.

Im Falle einer im Wesen von den TBen des § 81 I völlig verschiedenen karitativen oder erzieherischen E i n r i c h t u n g des § 81 II jedoch - und um solche handelt es sich bei den konfessionellen Krankenhäusern - können diese Grundsätze keine Anwendung finden. Hier werden die religiösen Ideale der einzelnen

1) Zur Frage, inwieweit staatliches Recht im allgemeinen und Arbeitsrecht im besonderen auch auf die Kirche Anwendung findet, vgl. vor allem Röhling, Diss. S. 15 ff und 174, der die Anwendung auch der Spezialgesetze des Arbeitsrechts auf die Kirche als ArbGeb unter Hinweis auf Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 III 1 RV und Art. 142 III 2 BV bejaht. Seiner Meinung nach hat die Kirche auf dem Gebiet des Arbeitsrechts nur in Ausnahmefällen völlige Autonomie (S. 45).

2) Vgl. Hünerfeld in Car.Korr. 1954 Heft 7/8; Galperin, BetrVG § 81 Anm. 24; LAG Mannheim in AP 51 Nr. 24.

Religionsgemeinschaften so ausschließlich und konsequent verfolgt, daß sie unmittelbar Bestandteil eines j e d e n Arbeitsverhältnisses werden. Verstößt ein weltlicher AN gegen die Gesetze dieser Religionsgemeinschaft, so ist stets dann ein Kündigungsgrund gegeben, wenn dem ArbGeb infolge der Schwere des Verstoßes eine Weiterbeschäftigung nicht mehr zugemutet werden kann. Es kann dann nicht mehr - wie bei einem TB nach § 81 I - darauf ankommen, ob er in seinem Tätigkeitsbereich überhaupt die Möglichkeit hatte, die Zielsetzung der Anstalt zu gefährden.

Die Entscheidung des BAG ist also - trotz des zu billigenden Ergebnisses - in der Begründung deshalb inkonsequent, weil sie das katholische Krankenhaus einerseits als TB i.S. des § 81 I ansieht, andererseits aber dann bei der Prüfung der Voraussetzungen des § 1 KSchG die völlig untergeordnete Stellung des gekündigten ANs (Anstreicher!) die kaum eine Gefahr für die konfessionelle oder karitative "Tendenz" heraufbeschwören kann, nicht berücksichtigt.

Demgegenüber beachten die Kritiken des BAG-Urteils¹⁾ nicht - oder nicht genügend - die Wesensverschiedenheiten zwischen den TBen des § 81 I und den karitativen oder erzieherischen Einrichtungen der Religionsgemeinschaften nach § 81 II und die arbeitsrechtlichen Folgen, die sich hieraus ergeben müssen²⁾. Daher stellen sie - m.E. zu Unrecht - auf die arbeitsvertrag-

1) Vgl. Hessel in *FB* 1956, 406; Schneider in *ArbUR* 1956, 101; Reuss in *RdA* 1956, 211; Frey in *Anm. zu AP* 56 Nr. 15 zu § 1 KSchG; Küster in *BB* 1956, 758; Gros-Elwert, *HandwB* des *ArbR* S. 282; Scholler, *Die Freiheit des Gewissens*, S.187 ff.

2) Auch Röhling, *Diss.* S. 77-79 geht auf eine derartige Unterscheidung nicht näher ein, obwohl er sie später auf S.172 andeutet. Außerdem beachtet er zu wenig, daß die umstrittene Entscheidung des BAG und die der Vorinstanz zu § 1 KSchG ergangen sind.

Das BAG selbst geht davon aus, daß die Grundsätze über den Tendenzschutz auch im Kündigungsschutzstreit gelten. Voraussetzung ist aber doch stets, daß es sich auch tatsächlich um einen TB handelt. Nimmt man aber einen TB an (Röhling spricht fälschlicherweise von einer "religiösen", statt von einer "konfessionellen" Tendenz), so ist bei einer "persönlichen" Maßnahme (wie z.B. der Kündigung) stets die Tendenzbedingtheit zu prüfen, die Frage also, ob die Arbeit des ANs

lichen Pflichter des betreffenden ANs innerhalb seines Arbeitsverhältnisses ab und darauf, ob er die Möglichkeit hat, den Kernbereich der "Tendenz" zu beeinträchtigen. Nur den Fall des Anstreichers in einem katholischen Krankenhaus würde das bedeuten, daß er nicht in der Lage ist, die "konfessionelle Tendenz" zu gefährden.

Diese Gedanken sind aber lediglich bei den TBen i.S. des § 81 I gerechtfertigt und nicht im Rahmen des § 81 II. Hier ist allein entscheidend, daß d. religiöse Geist oder Stil ein wesentlicher Bestandteil des Arbeitsverhältnisses geworden ist, sodaß bei einem Verstoß gegen diesen Geist oder diesen Stil ein Kündigungsgrund gem. § 1 KSchG gegeben ist¹⁾. Dem ArbGeb als dem Initiator dieses religiösen Geistes und Stils muß in solchen Fällen die Möglichkeit gegeben werden, das Arbeitsverhältnis zu lösen, wobei sich die Art und Weise des LöSENS nach der Schwere des Verstoßes richtet. Im Gegensatz zu den Grundsätzen, die bei der Würdigung der TBe i.S. des § 81 I aufgestellt wurden, spielt dann die Stellung des ANs keine Rolle, sodaß unter be-

"tendenzenbestimmt" ist oder nicht (vgl. § 81 I 2 BetrVG). Röhling (S.78) mißversteht nach dem Kernsatz der beiden Entscheidungen. Dieser lautet nicht: Die für TBe geltenden Besonderheiten kommen nur auf diejenigen AN zur Anwendung, die eine tendenzbestimmte Arbeit verrichten (so angeblich LAG Düsseldorf in RdA 1954, 159), bzw. auf alle im TB tätigen AN (so angeblich BAG in AP 56 Nr. 15 zu § 1 KSchG). Vielmehr sagte das LAG, daß, wenn der AN eines TBe keine tendenzbestimmte Arbeit verrichtet, eine lediglich wegen Tendenzgefährdung erfolgende Kündigung "sozial ungerechtfertigt" sei, während nach Meinung des BAG eine Kündigung dann "sozial gerechtfertigt" ist, wenn sich der AN nachhaltig zur Tendenz in Widerspruch setzt, sodaß betriebliche Interessen eine Weiterbeschäftigung unzumutbar erscheinen lassen. Bei den Entscheidungen sahen aber nichts, woraus man schließen könnte, daß dann, wenn ein TB i.S. des § 81 I BetrVG vorliegt, nicht auch die "Grundsätze über den Tendenzschutz" stets und in allen Fällen zur Anwendung kommen.

1) Wenn Röhling, Diss. S. 105 in diesem Zusammenhang von einer "religiösen Tendenz" spricht, so ist dies in doppelter Hinsicht bedenklich, denn einmal kennt das Gesetz keine "religiöse", sondern nur eine "konfessionelle" Tendenz, zum anderen sollte man den Ausdruck "Tendenz" nur im Rahmen des § 81 I verwenden, also nicht bei den Einrichtungen des § 81 II. Im Ergebnis (S. 105, 167) ist Röhling aber - genau wie dem BAG - wohl zuzustimmen.

stimmten Voraussetzungen (besonders schwerwiegender Verstoß) auch eine außerordentliche Kündigung eines ANs in untergeordneter Stellung, selbst wenn er nicht "in Richtung auf die Tendenz" beschäftigt ist, gerechtfertigt sein kann.

Das Ergebnis lautet also: Konfessionelle Krankenhäuser sind in aller Regel als karitative, evtl. auch als erzieherische Einrichtungen der Religionsgemeinschaften i.S. des § 81 II anzusehen. Sie sind keine "Betriebe" im betriebsverfassungsrechtlichen Sinne, und da der Betriebsbegriff (richtiger Unternehmensbegriff) in § 81 I keinen anderen Inhalt hat als sonstwo im Betriebsverfassungsrech¹, können sie auch keine TBe i.S. des § 81 I sein, mit der weiteren Folge, daß die Grundsätze über das innerbetriebliche, bzw. außerbetriebliche tendenzwidrige Verhalten von ANn in TBen des § 81 I (Stellung des ANs - Gefahr für die Unternehmenstendenz) bei den Einrichtungen des § 81 II nicht gelten können. Verstößt ein weltlicher AN gegen den zum Inhalt jedes derartigen Arbeitsverhältnisses gewordenen religiösen Geist und Stil, so muß der ArbGeb die Möglichkeit haben, das Arbeitsverhältnis zu lösen, ohne Rücksicht darauf, ob der AN auf Grund seiner Stellung und seines Verhaltens eine Gefahr für die religiöse Ausrichtung (die nicht als "konfessionelle Tendenz" i.S. des § 81 I bezeichnet werden kann) darstellt¹).

II. Presse- und Nachrichtenagenturen, Verlagsunternehmen.

Es wurde bereits herausgestellt, daß sowohl nach § 67 BRG 2o als auch nach § 81 I BetrVG die Einbeziehung der "politischen" Zweckbestimmung in die Ausnahmenvorschrift über den Tendschutz ausdrücklich im Hinblick auf die Presseunternehmen erfolgte. Hier nämlich sah man die Gefahr einer Beeinträchtigung der freien politischen Meinungsäußerung durch Beteiligungsrechte andersgesinnter AN am deutlichsten (vgl. Ausführungen

1) Im Prinzip ähnlich Hünerfeld in Car. Korr. 1954 Heft 7/8 und Klein in VB 1956, 755.

oben zu § 1 A II 1). Als "politische" TBe sind alle Unternehmen und Einrichtungen des Pressewesens anzusehen, welche die "Bildungs- und Meinungsbildung auf dem Gebiet des staatsbürgerlichen Zusammenlebens irgendwie beeinflussen wollen und sei es auch durch eine möglichst objektive, neutrale Berichterstattung. Hierzu gehört die gesamte Tätigkeit der Tagespresse, des Rundfunks und des Fernsehens (vgl. aber unten zu § 2 B III). Bei Wochen- und Monatszeitungen kommt es jeweils auf den Inhalt an (vgl. oben zu § 2 A I 1 a).

1. Presse- oder Nachrichtenagenturen.

Die Frage ist nun, ob Presse- oder Nachrichtenagenturen auch ohne weiteres als TBe angesehen werden können, insbesondere dann, wenn sie sich jeder eigenen Kommentierung der weitergeleiteten Nachrichten enthalten und sich auf eine möglichst objektive, wahrheitsgetreue Nachrichtenvermittlung beschränken.

Unter Presse- oder Nachrichtenagenturen sind Institutionen zu verstehen, die auf eigene Publikationen verzichten und sich auf die bloße Vermittlung von politischen, kulturellen und ähnlichen Nachrichten in Wort und Bild beschränken, Unternehmen, die der Sammlung, Sichtung und Weiterleitung von Nachrichten dienen. Man kann sie auch als "Vorlieferanten" der einzelnen Zeitungsunternehmen bezeichnen¹⁾, da es ihre Aufgabe ist, Nachrichtenmaterial ("facts") zu sammeln und an die Presse weiterzugeben.

Hieraus könnte man den Schluß ziehen, daß die Sammlung des Nachrichtenmaterials, das "mit Nachrichten Handel treiben" (Ankauf und Verkauf von Nachrichten) eine rein wirtschaftliche und daher i.S. des § 81 I tendenzfreie Betätigung ist. Schließlich könnte man auch unter dem Gesichtspunkt, daß Presse- und Nachrichtenagenturen in der Regel möglichst viele Presseunternehmen mit Nachrichten beliefern - also u.U. auch solche mit verschiedenen weltanschaulichen Richtungen -, die Annahme eines TBes verneinen.

1) So Heihoff, Diss. S. 46.

Diese Auffassungen würden jedoch nicht genügend die Art der Tätigkeit derartiger Unternehmen berücksichtigen und auch nicht die Folgen, die sich aus unbeschränkten Beteiligungsrechten andersgesinnter AN bezüglich der Durchführung des Unternehmenszieles zwangsläufig ergeben müssen.

Zunächst zur Tätigkeit der Presse- und Nachrichtenagenturen: Ehe die Nachrichten für die Öffentlichkeit "reif" sind, muß eine Menge geistiger Fleinarbeit geleistet werden. Die aus aller Welt einlaufenden Neuigkeiten müssen auf ihre Richtigkeit und Wahrheit geprüft werden, nicht zuletzt sich zur Vermeidung evtl. Schadensersatzansprüche. Sodann findet eine redaktionelle Überarbeitung statt, d.h. die Nachrichten müssen nach Form und Inhalt so zurechtgemacht werden, daß sie kurz und doch verständlich sind, daß sie in den Rahmen publizistischer Äußerungen passen. Unpassende Nachrichten werden ausgesondert. Bei neutralen Agenturen werden Formulierungen, die auf parteipolitische oder ideologische Einflüsse hindeuten, entfernt. Es findet also eine redaktionelle Überarbeitung (Streichungen, Zusätze, Klarstellungen) der Nachrichten im Sinne der Objektivität, der Wahrheit, sowie der ideologischen und parteipolitischen Unabhängigkeit statt¹⁾. Dieses grundsätzliche Bestreben der meisten Presse- und Nachrichtenagenturen aber ist bereits als schutzwürdige geistig-ideelle Zweckbestimmung anzusehen und zwar als "politische" Tendenz i.S. des § 81 I²⁾. Genau wie bei den politisch neutralen Presseunternehmen stellt dieses Bestreben der Agenturen eine besonders hoch einzuschätzende Zielsetzung dar, besonders wenn man daran denkt, daß man hier bemüht ist, nach "methodischen Grundsätzen einen Ausweg aus den Vermassungserscheinungen" unseres Zeitalters (Mangel geistiger Individualität breiter Volksschichten, Konglomerierung der Anschauungen zu Ideologien, Parteilinien, Wirtschaftsdogmen etc.) zu finden, dem Menschen zu helfen, sein Selbstbewußtsein auf

1) Vgl. Nipperdey in Rvdirlav 1953, 637.

2) Die Tätigkeit einer Nachrichtenagentur ist aber nicht wegen der Möglichkeit der Einflußnahme auf die öffentliche Meinung **a u ß e r d e m** eine "politische" (so Heihoff, Diss. S. 47), sondern infolge des Bestrebens, wahrheitsgetreues und objektives Nachrichtenmaterial an die Presseunternehmen zu liefern, **w e g e n** dieser Einflußnahme auf die öffentliche Meinung.

geistigem Gebiet wiederzufinden und schließlich auch "das Niveau der deutschen Presse zu heben"¹⁾.

Nicht erst die Auswahl der Nachrichten nach bestimmten Gesichtspunkten oder die Kommentierung der an die Presseunternehmen weiterzuleitenden Nachrichten macht eine Presse- oder Nachrichtenagentur zum politischen TB, sondern bereits die redaktionelle Überarbeitung des Nachrichtenmaterials mit dem Ziele der Objektivität, Wahrheit und Neutralität.

Wenn Dietz²⁾ ausführt, eine Nachrichtenagentur sei dann kein TB, wenn sie es bewußt unterläßt, die Auswahl der weiterzureichenden Nachrichten unter irgendeinem ideellen Gesichtspunkt vorzunehmen, so kann dem nicht beigetreten werden. Entweder es kommt durch die Art der Auswahl und Kommentierung eine bestimmte politische Tendenz zum Ausdruck oder man befließt sich strenger Objektivität und Neutralität. In beiden Fällen aber liegt ein politischer TB i.S. des § 81 I vor. Dietz hätte nur dann Recht, wenn die Nachrichtenagentur lediglich als "Durchgangstation" vom Absender der Nachricht zum Zeitungsunternehmen dient. Dies aber ist undenkbar, da es praktisch keine Nachrichtenagentur geben wird, die an den einlaufenden Nachrichten keine redaktionellen Überarbeitungen vornimmt. Sie wird sich irgendwie festlegen müssen, entweder in Richtung auf eine bestimmte politische Linie oder in Richtung auf politische Neutralität. Hierdurch dient sie aber bereits einer "politischen" Tendenz i.S. des § 81 I.

Auch die Tatsache, daß möglichst **a l l e** Presseunternehmen - also auch solche mit verschiedenen, evtl. sogar entgegengesetzten Weltanschauungen - mit Nachrichten beliefert werden, stellt dieses Ergebnis nicht in Zweifel, weil der § 81 I nicht die Verfolgung einer einheitlichen geistig-ideellen Gesamtrichtung verlangt (vgl. Ausführungen oben zu § 2 D) und weil gerade die Tatsache, daß möglichst alle Presseunternehmen beliefert werden, der Beweis für eine intensive Verfolgung des in jedem Falle schutzwürdigen geistig-ideellen Zieles ist, der Objektivität

1) Außer Fußnote 1 Seite 162 vgl. Maurer in AR-Blattei-TB-B II
1 a.

2) Vgl. Dietz, BetrVG § 81 Anm. 7a.

und politischen Neutralität zum Siege zu verheilen.

Das Ergebnis lautet also: Presse- oder Nachrichtenagenturen sind politische TBe i.S. des § 81 I und zwar sowohl in den Fällen, in denen sie durch Auswahl oder Kommentierung der zu sammelnden und weiterzuleitenden Nachrichten nach bestimmten Gesichtspunkten eine *e i g e n e* politische Richtung erkennen lassen als auch dann, wenn lediglich eine redaktionelle Überarbeitung der Nachrichten im Dienste der Objektivität und Neutralität stattfindet¹⁾.

Dieses Ergebnis entspricht auch der ratio legis (§ 81 I), da ein umfassendes Beteiligungsrecht des BIs bei Presse- und Nachrichtenagenturen eine ernst zu nehmende Gefahr für die Unternehmenstendenz darstellen würde (Objektivität und Unabhängigkeit bei der Nachrichtengebung). Die drohende Gefahr wird besonders deutlich bei personellen Maßnahmen gegenüber Redakteuren, Prokuristen und anderen leitenden Angestellten, wenn sie die geistig-ideelle Ausrichtung derartiger Unternehmen maßgeblich bestimmen (soweit sie nicht schon unter § 4 II c BetrVG fallen).

2. Verlagsunternehmen.

Diese für Presse- und Nachrichtenagenturen entwickelten Grundsätze gelten auch für die Lösung der Frage, ob die Verlagsunternehmen (also Zeitungs-, Zeitschriften- oder Buchverlage) als TBe i.S. des § 81 I anzusehen sind. Die Frage ist grundsätzlich zu bejahen. Das entscheidende Kriterium ist, daß jeder Verleger bei seiner Arbeit notwendigerweise eine *A u s w a h l* nach bestimmten, von vornherein festgelegten Gesichtspunkten treffen muß und sei es der Gesichtspunkt, wahllos zu verlegen. Letzteres dürfte jedoch kaum vorkommen, da jeder Verlag eine eigene Ziel-

1) Vgl. hierzu Nipperdey in Rvdirlav 1953, 639; Endemann in BfArbR 1954, 366; Heihoff, Diss. S. 47; Erdmann, BetrVG § 81 Anm. 13; LAG Mannheim in AP 51 Nr. 38 S. 121; Galperin, BetrVG § 81 Anm. 7; Fitting-Kraegeloh, BetrVG § 81 Anm. 5; ArbG Hamburg in BB 1954, 533; Maurer in AR-Blattei-TB-B II 1 a; Gros-Elwert, HandwB des ArbR S. 281; LAG Baden in Mannheim in BB 1954, 532.

setzung hat, nach der er die ihm angebotenen Manuskripte und das sonstige Material auswählt.

Durch diese geistig-ideelle Tätigkeit der Auswahl übereinstimmend mit einer bestimmten geistigen Gesamtrichtung, wird die Meinungsbildung der Öffentlichkeit beeinflusst, wenn auch nicht in einem solchen Umfange wie durch die Tageszeitungen direkt.

Verlagsunternehmen sind also stets TB i.S. des § 81 I und zwar "politische", soweit es sich um Zeitungsverlage und den größten Teil der Zeitschriftenverlage handelt. Im übrigen (z.B. bei Buchverlagen) kommt es auf den Inhalt der zu verlegenden Werke an. Hierbei wird in aller Regel auf Grund der verlegerischen Auswahl eine der Tendenzen des § 81 I erkennbar sein. Unabhängig davon ist aber a l l e i n die in der Auswahl des zu verlegenden Materials liegende geistig-ideelle Tätigkeit des Verlegers als "ähnliche" Tendenz i.S. des § 81 I anzusehen, mit der Folge, daß auch solche Verlagsunternehmen TBe sind, die sich mit völlig unpolitischen Zeitschriften, mit schönggeistiger und sonstiger Literatur befassen (z.B. mit Verlag und Druck klassischer Werke oder einer Heimatzeitung). Auch derartige Bestrebungen sind schutzwürdige geistig-ideelle Zweckbestimmungen und können nicht durch andersgesinnte AN gefährdet werden¹⁾.

Dasselbe gilt für alle b u c h h ä n d l e r i s c h e n Unternehmen, sofern ihre Tätigkeit nicht nur ausschließlich auf einen wirtschaftlichen Erfolg abgestellt ist, was praktisch kaum vorkommen wird. Bei Buchhandlungen kann die geistig-ideelle Zielsetzung auch durch die Unterhaltung einer Vortrags- oder Konzertagentur zum Ausdruck kommen. In den meisten Fällen ist es aber wiederum allein die Tätigkeit bei der Auswahl des zu

1) Zum selben Ergebnis kommen: Löffler in NJW 1954, 491; Galperin, BetrVG § 81 Anm. 10, 11; LAG Baden in Mannheim in BB 1954, 532; Heihoff, Diss. S. 47; Endemann in BlfArbR 1954, 366; Galperin in Börsenblatt 1953, 178; BAG in AP 55 Nr. 1 zu § 81 BetrVG; Arras in BB 1953, 62; LAG Düsseldorf in Jahrbuch des ArbR Bd. XI S. 162 zu § 67 BRG; Dietz, BetrVG § 81 Anm. 15; Hueck-Nipperdey, ArbR II S. 706; Fitting-Kraegeloh, BetrVG § 81 Anm. 5; LAG Freiburg in AP 51 Nr. 38 S. 124; Erdmann, BetrVG § 81 Anm. 12, 13; Kraegeloh in ZeitVerl. 1952 Nr. 18 S. 3; Bührig, der BetrVerf § 81 Erl. 3.

fördernden Schrifttums, die für sich betrachtet eine geistig-ideelle Zweckbestimmung i.S. des § 81 I darstellt¹⁾.

Keine TBe hingegen sind die reinen "Formularverlage", d.h. solche Verlagsunternehmen, die sich ausschließlich die Erzeugung und den Umsatz von Wirtschaftsgütern ohne geistig-ideellen Inhalt zum Ziel gesetzt haben, die auf Grund ihres Arbeitsprogramms ausschließlich technisch-materiell ausgerichtet sind (so z.B. bei der Herstellung von Katalogen, Adressbüchern, Formularen, Stadtprogrammen, Plänen, amtlichen Bekanntmachungen, Bürobedarf und sonstiger Akzidenz).

III. Rundfunk- und Fernsehgesellschaften.

Die zur Zeit bei uns wirkenden Rundfunkstationen - denen ja die Fernsehstationen angegliedert sind - haben die Rechtsform von Anstalten des öffentlichen Rechts²⁾, mit der Folge, daß das BetrVG insgesamt keine Anwendung findet (§ 88), vielmehr das Personalvertretungsrecht der Länder (bzw. für einen evtl. zu errichtenden Bundessender das des Bundes) eingreift. (Vgl. auch Erörterungen oben zu § 2 A I 3 b bb).

Soweit derartige Einrichtungen jedoch auf privater Basis gebildet waren oder noch errichtet werden, sind sie TBe i.S. des § 81 I. Für sie gelten in der Regel die bei der Behandlung der Presseunternehmen aufgezeigten Überlegungen entsprechend. Gerade sie sind hervorragend geeignet, Einfluß auf die öffentliche Meinungsbildung zu nehmen. Sie sind daher in

1) Vgl. Galperin in Börsenblatt 1953, 178. Voraussetzung ist natürlich auch hier die Schutzwürdigkeit der Tendenz, die zu verneinen ist, wenn das geförderte Schrifttum gesetzwidrig (z.B. unsittlichen oder staatsgefährdenden) Inhalt hat.

2) Vgl. hierzu Huber, WirtschaftsVwR I S. 171, 178-181; Nach 1945 wurde das Rundfunkwesen dezentralisiert und regionale Rundfunkanstalten geschaffen. Die 6 Rundfunkanstalten der Bundesrepublik (ohne Berlin und Saarland) sind in ihrer Rechtsform ausnahmslos Anstalten des öffentlichen Rechts und unter sich völlig unabhängig. Sie haben Selbstverwaltungsrecht.

Forsthoff, VwR I S. 413 Fußn. 6 bezeichnet die Rundfunkanstalten als "Concertypus einer öffentlichen Anstalt", da die Staatsaufsicht fehlt.

erster Linie als politische TBe anzusehen (Nachrichten, Kommentare, Interviews, Politik). Außerdem verfolgen sie in den einzelnen Sendungen noch nahezu alle Tendenzen, die in § 81 I aufgezählt sind¹⁾.

Bei der Prüfung, ob sich eine personelle Einzelmaßnahme aus der Unternehmenstendenz rechtfertigen läßt (§ 81 I S. 2) muß besonders sorgfältig untersucht werden, ob der in Frage stehende AN "in Richtung auf die Tendenz" beschäftigt ist, ob die Maßnahme ihren Grund in der speziellen Unternehmenstendenz hat. Wird z.B. einem Musiker des Rundfunkorchesters **n u r** aus Ersparnisgründen gekündigt, so sind die Beteiligungsrechte der AN-Vertretung nicht ausgeschaltet und der AN kann sich u.U. mit Erfolg auf § 1 ESchG berufen, da die Maßnahme der Kündigung ihre Rechtfertigung lediglich in finanziellen - also in rein **m a t e r i e l -**
l e n - Überlegungen findet, solche Absichten aber im Rahmen des § 81 I S. 2 nicht geschützt werden²⁾.

IV. Lesezirkel, Lexikaverlage.

1. Lesezirkel.

Dieselbe geistig-ideelle Richtung, die in der **A u s w a h l** des in Umlauf zu bringenden Leseoffs oder Nachrichtenmaterials zum Ausdruck kommt, macht auch Unternehmen von Lesezirkeln zu **W e r k** i. S. des § 81 I. Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß es sich bei den von Lesezirkeln ausgegebenen Zeitschriften meistens um illustrierte Zeitschriften handelt, ist doch das **B i l d** in unserer Zeit mindestens ebenso gut wie das Wort geeignet, einer Tendenz zu dienen.

Kommt in der Auswahl der in Umlauf zu bringenden Zeitungen und Zeitschriften eine oder mehrere der Richtungen des § 81 I erkennbar zum Ausdruck, so dient das gesamte Un-**n e h m e n** diesen Zweck-

1) Vgl. Erdmann, BetrVG § 41 Anm. 11; LAG Freiburg in BB 1951, 866; Kraegeloh in ZeitVerl. 1952 Nr. 18 S. 3.

2) Vgl. LAG Freiburg in BB 1951, 866.

bestimmungen. Ist aber eine bestimmte Richtung nicht feststellbar, geschieht vielmehr die Auswahl allein nach Gesichtspunkten der Objektivität und Neutralität, so muß auch dieses Ziel eine i.S. des § 81 I schutzwürdige geistig-ideelle Zweckbestimmung sein - und zwar eine "ähnliche" -, da die Beeinflussung der öffentlichen Meinungsbildung in Richtung Objektivität und Neutralität ein im hohen Maße aner kennenswertes Bestreben ist, das nicht durch uneingeschränkte AN-Rechte vereitelt werden darf.

Es bedarf demnach keiner positiven Feststellung, welcher der in § 81 I speziell aufgezählten Tendenz die einzelnen Zeitschriften ihrem Inhalt nach dienen¹⁾, da derartige Unternehmen bereits auf Grund der stets stattfindenden geistig-ideellen Tätigkeit bei der Auswahl und Zusammenstellung der Zeitschriften geschützte TBe i.S. des § 81 I sind.

2. Lexikaverlage.

Dieselben Gedanken müssen auch dazu führen, Lexikaverlage als TBe anzusehen. Aus unserer jüngsten Vergangenheit haben wir genug Anschauungsmaterial dafür, wie sehr auch in einem Lexikon die geistige Grundrichtung, die Weltanschauung der Verfasser zum Ausdruck kommen kann. Daran, daß ein Lexikon in hohem Maße geeignet ist, die Denkungsart und Geistesrichtung der Öffentlichkeit zu beeinflussen, kann kein Zweifel sein. Besonders in den politischen und historischen Abschnitten wird eine bestimmte geistig-ideelle Richtung - und sei es wiederum nur die der Objektivität und Neutralität - erkennbar zum Ausdruck kommen. Die geistige Zielsetzung eines Lexikons läßt sich u.U. schon daran feststellen, welcher Raum der Behandlung der einzelnen Stichwörter eingeräumt wird. So kann z.B. eine bestimmte politische Richtung oder ein bestimmtes Ereignis mit wenigen Zeilen abgetan werden, während eine andere politische Richtung oder ein anderes Ereignis ausführlich erörtert wird. Wird etwas verschwie-

1) Vgl. Dietz, BetrVG § 81 Anm. 15; Witting-Kraegeloh, BetrVG

gen oder nur am Lande behandelt, so kann dies ebenfalls Ausdruck eines bestimmten geistig-ideellen Zieles sein¹⁾.

Selbst wenn ein derartiger Verlag es sich zur Aufgabe gemacht hat, a l l e politischen, künstlerischen, erzieherischen etc. Richtungen und Ereignisse in gleicher Weise sorgfältig und objektiv zu behandeln, so stellt dieses Bestreben zur Wahrheit, Objektivität und Neutralität - genau wie bei der neutralen Nachrichtenagentur, beim neutralen Presseunternehmen oder Verlag - ebenfalls eine schutzwürdige Zweckbestimmung i.S. des § 81 I dar, die nicht durch entgegenstehende AN-Beteiligungsrechte gefährdet werden darf.

V. Die GEMA als Beispiel einer urheberrechtlichen Verwertungsgesellschaft.

Unter urheberrechtlichen Verwertungsgesellschaften sind solche Einrichtungen zu verstehen, die es sich zur Aufgabe gemacht haben, im eigenen oder fremden Namen die V e r w e r t u n g von Urheberrechten zugunsten der Urheber oder anderer Berechtigter durchzuführen²⁾. Das bei uns weitaus bekannteste Beispiel ist die "Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte" (= GEMA), die heute bereits die Urheberrechte von über 5000 inländischen Komponisten, Textdichtern, Musikverlegern und deren Rechtsnachfolgern wahrnimmt³⁾. Die hier am Beispiel der GEMA zu entwickelnden Gedanken müssen sinngemäß für alle urheberrechtlichen Verwertungsgesellschaften und Verwertungsgesellschaften für Erfindungen gelten.

Bei der Gründung der GEMA, die ihrer rechtlichen Struktur nach ein nicht eingetragener, auf Grund staatlichen Hoheitsaktes rechtsfähiger Verein (§ 22 BGB) ist⁴⁾, ging man davon aus, daß

1) Vgl. ArbG Frankfurt in BB 1954, 804; Endemann in BlfArbR 1954 366; Maurer in AR-Blattei-TB-B II 1 a.

2) Vgl. Gutachten von Nipperdey, abgedruckt in Schulze, Studie zur UrhRR S. 229.

3) Nachweis bei Schulze, UrhR S. 39.

4) Vgl. §§ 1, 2 der Satzung der GEMA vom 9.7.1955, abgedruckt in Schulze, UrhR S. 147 ff.

angesichts der technischen Möglichkeiten heute kein einzelner Künstler seine Urheberrechte selbst wirksam schützen und verfolgen kann. Dies ist vielmehr nur dann möglich, wenn sich möglichst viele Inhaber derartiger Rechte zusammenschließen und einen gut durchorganisierten Apparat mit der Interessen- und Rechtswahrnehmung beauftragen. Dieses Ziel wird durch die GEMA auf folgende Weise verwirklicht: Mit den Inhabern von Urheberrechten schließt die GEMA sog. "Berechtigungsverträge" ab (§ 2 der Satzung vom 9.7.1955), in denen Aufführungs- und Verbrechungsrechte für mindestens 3 Jahre, Rechte zur mechanischen Vervielfältigung für mindestens 10 Jahre auf die Gesellschaft übertragen werden müssen. Überall nun, wo musikalische Veranstaltungen stattfinden, die eines der auf die GEMA übertragenen Rechte betreffen, schickt die Vertreter ihrer Bezirksdirektionen, die den Veranstaltern die bereits von vornherein durch den Tarifvertrag festgesetzten Tarifegebühren einreichen. Gegen Zahlungsunwillige leitet eine eigene Rechtsabteilung die erforderlichen Schritte ein. Für jedes Geschäftsjahr wird vor dem Gesamtbetrag, den die GEMA durch Verwertung der ihr übertragenen Rechte erzielt hat, nach Abzug der Unkosten, die an die Bezugsberechtigten zur Auszahlung gelangende Summe (= Verteilungssumme) festgesetzt und ausbezahlt (§ 1 des Verteilungsplanes der GEMA).

Die im Rahmen dieser Arbeit interessierende Frage ist, ob die GEMA, die ja eine große Anzahl von ANn beschäftigt, als Unternehmen mit geistig-ideeller Zielsetzung anzusehen ist, darnach als ein TB i.S. des § 81 I zu gelten hat.

H e i h o f f ¹⁾, der diese Frage aufgeworfen und bejaht hat, sieht das entscheidende Kriterium darin, daß die GEMA infolge Fehlens einer eigenen Güterproduktion und eines für den Güterumsatz geeigneten Handelsgutes (das Urheberrecht ist keine Sache, sondern eine personelle, geistige Schöpfung)²⁾ sich so sehr von einem normalen Produktionsbetrieb unterscheidet, daß

1) Diss. S. 48, 49.

2) So Ref.Entw. eines Urheberrechts § 1 I, abgedruckt in Schulze, Studie zur UrhRR S. 72.

ihre Einreihung unter die Unternehmen des § 81 I zwingend notwendig erscheint.

Dieser Gesichtspunkt a l l e i n kann jedoch nicht entscheidend sein für die Abgrenzung zwischen TB und Produktionsbetrieb. Man kann zwar sagen, daß alle Unternehmen mit geistig-ideeller Zielsetzung sich von normalen Unternehmen mit lediglich wirtschaftlicher Zweckbestimmung wesentlich unterscheiden, umgekehrt läßt sich jedoch n i c h t der Schluß ziehen, daß jedes Unternehmen, das sich in irgendeiner Weise von einem normalen Produktionsbetrieb unterscheidet (hier auf Grund des Fehlens eines Handelsgutes und mangels eigener Produktion), auch eine oder mehrere der in § 81 I vorausgesetzten geistig-ideellen Zielsetzungen haben muß. Mit anderen Worten: Nicht allein die V e r s c h i e d e n a r t i g k e i t eines Unternehmens von einem normalen Produktionsbetrieb ist das entscheidende Merkmal für das Vorliegen eines TBes nach § 81 I, sondern einzig und allein die Feststellung, daß dieses Unternehmen einer oder mehreren der geistig-ideellen Bestrebungen des § 81 I dient.

Zunächst könnte man annehmen, die GEMA sei deshalb kein TB, weil sie sich selbst als Verein bezeichnet, dessen Zweck auf einen w i r t s c h a f t l i c h e n Geschäftsbetrieb gerichtet ist (§ 22 BGB wird in der Satzung vom 9.7.1955 ausdrücklich zitiert). Betrachtet man die GEMA gewissermaßen nur als "Kassier" oder "Gerichtsvollzieher" der einzelnen Inhaber von Urheberrechten, so mag sich diese Auffassung vertreten lassen. Hält man sich aber die Ziele vor Augen, die sie sich gesetzt hat und untersucht die Art und Weise, in der sie tätig wird, so muß man zu dem Ergebnis kommen, daß sie geistig-ideellen Zweckbestimmungen des § 81 I dient und daher als TB anzusehen ist.

Die GEMA betrachtet es als ihre Aufgabe, den Urheber zu schützen und seine Rechte wahrzunehmen, seine Interessen zu verfolgen, ja sogar gemeinnützig zu sein. Sie ist nicht auf Gewinn ausgerichtet (§ 2 der Satzung). Sie hat es sich vorgenommen, bei der Vergabe der Rechte die Bedürfnisse der kulturellen Musikpflege

ge zu berücksichtigen (§ 2 III der Satzung). Der aus dem Aufsichtsrat zu bildende **P r o g r a m m a u s s c h u ß** hat ständig die ordnungsgemäße Erfassung, Bearbeitung und Auswertung der von den Veranstaltern einzureichenden Programme zu kontrollieren (§ 1 der Geschäftsordnung des Programmausschusses¹⁾ und §§ 5, 7 der Satzung). Der ebenfalls aus dem Aufsichtsrat zu bildende **T a r i f a u s s c h u ß** (§§ 5, 7 der Satzung) nimmt bei der Festlegung der einzelnen Tarifgebühren eine Einstufung der Werke nach ihrem kulturellen Wert vor (§ 1 der Geschäftsordnung des Tarifausschusses vom 31.8.1953)²⁾. Jedes Musikstück erhält eine Anzahl von Punkten und nach dieser Punktzahl richten sich die Tarifgebühren³⁾. Schließlich unterstützt die GEMA aus ihrem finanziellen Aufkommen die Hinterbliebenen der Berechtigten und zahlt Versorgungsbezüge oder Unterstützungsbeiträge an bedürftige Komponisten, Textdichter und Verleger (§ 18 der Satzung)⁴⁾.

Berücksichtigt man all diese Gegebenheiten, so wird klar, daß die GEMA nicht nur eine **m a t e r i e l l e** Zweckbestimmung haben kann.

Insoweit sie bestrebt ist, hilfsbedürftige Urheber zu unterstützen, kann ihre Tätigkeit als "karitativ" zweckbestimmt angesehen werden, insoweit sie es sich zur Aufgabe gemacht hat, die Urheberrechte eines Komponisten, Textdichters, Musikverlegers und deren Rechtsnachfolger zu wahren, " d i e n t " sie "künstlerischen" Zweckbestimmungen. Das Gesetz verlangt nicht, daß die Tätigkeit des Unternehmers eines TBes sich selbst als Kunst darstellen muß, sondern nur, daß diese Tätigkeit künstlerischen Zielsetzungen **d i e n t**. Es ist also genauso, wie bei der selbständigen Lohndruckerei, bei der die Eigenschaft eines TBes schon deshalb zu bejahen ist, weil sie durch die technische Verwirklichung der in dem zu druckenden Material zum Ausdruck kommenden geistig-ideellen Richtung eben dieser Tendenz

1) Abgedruckt in Schulze, UrhR S. 161.

2) Abgedruckt in Schulze, UrhR S. 43, 160.

3) So erhält z.B. eine Sinfonie von 60 Minuten Dauer 2400, ein Schlager hingegen nur 12 Punkte.

4) Abgedruckt in Schulze, UrhR S. 42.

d i e n t ¹⁾.

Die Sicherung und möglichst günstige Verwertung des Urheberrechts an einem Werk der Kunst, d i e n t einer künstlerischen Zweckbestimmung.

Die GEMA kann demnach sowohl "künstlerischer" als auch "karitativer" TB sein.

Man kann sie aber auch als Unternehmen mit einer den in § 81 I aufgezählten Tendenzen "ähnlichen" Zielsetzung ansehen, da der Tarifausschuß bei der oben geschilderten Einstufung der Musikwerke nach ihrem kulturellen Wert eine Tätigkeit ausübt, die weit jenseits des rein Wirtschaftlich- oder Technisch-Materiellen liegt. Die mit dieser Tätigkeit verfolgten Zwecke sind ähnlich wie die bei der Auswahl der Nachrichten bei Nachrichtenagenturen oder der Werke bei Verlagsunternehmen, geistig-ideeller Natur und in § 81 I als "ähnliche" Zweckbestimmungen geschützt.

Wie bei allen TBen hat es auf die Eigenschaft der GEMA als TB keinen Einfluß, wenn n e b e n diesen geistig-ideellen Zielen auch noch rein materielle verfolgt werden. Wie zum Thema der "Mischbetriebe" bereits ausgeführt, können die materiellen Zielsetzungen so vorüberwiegen²⁾.

Das Ergebnis lautet demnach: Alle ununterrechtlichen Verwertungsgesellschaften sind, solange es sich um privat-rechtliche Einrichtungen handelt, als TBen i.S. des § 81 I anzusehen. Die GEMA als markantes Beispiel einer derartigen Verwertungsgesellschaft dient "künstlerischen", "karitativen" und "ähnlichen" Zweckbestimmungen i.S. des § 81 I.

1) Vgl. Erörterungen oben zu § 2 A III 4.

2) Vgl. Erörterungen oben zu § 2 A III 2.

VI. Die geistig-ideelle Zielsetzung im Rahmen unternehmerischer Zusammenschlüsse.

1. Konzerne als Tendenzbetriebe.

Eine Erörterung der Frage in diesem Zusammenhang erscheint erforderlich, da auf Grund der Tendenzschutzbestimmung des § 81 I S. 1 der § 76 IV auf TBe keine Anwendung findet¹⁾, damit jedoch noch nicht geklärt ist, ob ein Konzern überhaupt ein TB i.S. des § 81 I sein kann und welche Auswirkungen es hat, wenn lediglich das herrschende oder das abhängige Unternehmen innerhalb eines Konzerns eine oder mehrere der in § 81 I aufgezählten Richtungen verfolgt.

Auszugehen ist von der Legaldefinition des "Konzern", wie sie der § 15 des AktG enthält²⁾. Sicherlich ist diese Definition nicht unbesehen in andere Rechtsgebiete zu übernehmen, vielmehr muß berücksichtigt werden, daß die besondere Hervorhebung der Konzerne in § 15 AktG der Offenlegung der wirtschaftlichen Beziehungen und der Vorhinderung eines Mißbrauchs des Stimmrechts dient, während in § 76 IV BetrVG die besondere Nennung der Konzerne im Zusammenhang mit einer vom Normalfalle abweichenden Zusammensetzung des Organs dieser Gesellschaften erfolgte³⁾.

Trotzdem ist der Begriff des Konzerns, wie ihn § 15 AktG ver-

1) § 76 IV lautet: "An der Wahl der Vertreter der AN für den Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens eines Konzerns nehmen auch die AN der Betriebe der abhängigen Unternehmen teil. In diesen Fällen kann die Wahl durch Wahlmänner erfolgen".

2) § 15 I lautet: "Sind rechtlich selbständige Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt, so bilden sie einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen".

§ 15 II lautet: "Steht ein rechtlich selbständiges Unternehmen auf Grund von Beteiligungen oder sonst unmittelbar oder mittelbar unter dem beherrschenden Einfluß eines anderen Unternehmens, so gelten das herrschende und das abhängige Unternehmen zusammen als Konzern und einzeln als Konzernunternehmen".

Zur Definition vgl. auch vor allem Huber, "WirtschaftsVwR" I S. 417.

3) Vgl. Dietz, BetrVG § 76 Anm. 56.

det, grundsätzlich auch im Betriebsverfassungsrecht maßgebend¹⁾.

Ein Konzernverhältnis ist demnach dann gegeben (§ 15 I AktG), wenn mehrere rechtlich selbständige Unternehmen beliebiger Rechtsform zur Verfolgung wirtschaftlicher Zwecke unter einer einheitlichen Leitung hinsichtlich des gesamten Gebarens (falls nur auf bestimmte Beziehungen beschränkt, liegt ein Kartell vor) nicht nur vorübergehend zusammengefaßt sind²⁾. Die einheitliche Leitung des Konzerns muß hierbei nicht bei einem Konzernunternehmen liegen, sie kann auch durch eine Person oder Personengemeinschaft ausgeübt werden³⁾.

Ein Konzern liegt aber auch dann vor (§ 15 II AktG), wenn rechtlich selbständige Unternehmen in einem derartigen Verhältnis zueinander stehen, daß das eine "unter dem beherrschenden Einfluß" des anderen ist. Das herrschende Unternehmen muß dabei in der Lage sein, dem abhängigen Unternehmen seinen Willen aufzuerlegen⁴⁾. Dieser beherrschende Einfluß kann nur durch ein bestimmtes Unternehmen ausgeübt werden. Hierbei ist wichtig, zu erkennen, daß das Konzernverhältnis ohne weiteres durch das Abhängigkeitsverhältnis begründet wird. Es ist dann nicht erforderlich, zu prüfen, ob eine einheitliche Leitung vorliegt oder

die Zusammenfassung der verschiedenen Unternehmen wirtschaftlicher Zwecke dient⁵⁾. An diesen Fall des Konzerns kraft Abhängigkeitsverhältnisses (§ 15 II AktG) denkt offenbar auch § 76 IV BetrVG, wenn er von dem "herrschenden" und dem "abhängigen" Unternehmen eines Konzerns spricht.

Auch wenn man der Meinung ist, zur Befragung eines Abhängigkeitsverhältnisses i.S. des § 76 IV BetrVG genüge nicht wie in § 15 II AktG ein Herrschaftsverhältnis auf Grund tatsächlicher Abhängigkeiten, vielmehr müsse hier eine auf rechtliche Gründe (z.B. Aktienbesitz, Interessenge-

1) Vgl. Rowolle-Mat, HandKomm.1954 § 76 Anm. 8; Galperin, BetrVG § 76 Anm. 311; Dittling-Hraegeloh, BetrVG § 76 Anm. 29; Schörr v. Carolssfeld, ArbR S.449; Dietz, BetrVG § 76 Anm.56.

2) Baumbach-Hueck, AktG § 15 Anm. 2; Dietz, BetrVG § 76 Anm.56.

3) Vgl. Schlegelberger-Quassowski, AktG § 15 Anm. 22.

4) Vgl. Baumbach-Hueck, AktG § 15 Anm. 3; RGZ 167, 49.

5) Vgl. Schlegelberger-Quassowski, AktG § 15 Anm. 22.

meinschaftsverträge, Satzungsbestimmungen etc.) beruhende Abhängigkeit vorliegen, die auch tatsächlich praktiziert werden muß¹⁾, stets liegt ein Konzernverhältnis kraft Abhängigkeit dann vor, wenn ein rechtlich selbständiges Unternehmen auf Grund von Beteiligungen oder auf andere Weise unmittelbar oder auch nur mittelbar dem beherrschenden Einfluß eines anderen Unternehmens unterworfen ist²⁾.

Ist aber ein derartiger beherrschender Einfluß des einen Unternehmens auf das andere existent, so muß auch eine i.S. des § 81 I geistig-ideelle Richtung des herrschenden Unternehmens auf das abhängige Unternehmen abfärben. Verfolgt also ein Unternehmen eine der Tendenzen des § 81 I, so ist es TB und verliert diese Eigenschaft nicht dadurch, daß es herrschendes Unternehmen eines Konzerns wird.

Daran kann auch die Tatsache nicht ändern, daß Konzerne Zusammenschlüsse "zur Verfolgung wirtschaftlicher Zwecke" sind³⁾, denn einerseits schließt die Eigenschaft eines TBes i.S. des § 81 I nicht aus, daß auch - oder sogar überwiegend - wirtschaftliche Ziele verfolgt werden, andererseits wird bei einem Konzern keineswegs zur Voraussetzung gemacht, daß ausschließlich wirtschaftliche Zwecke verfolgt werden.

Ist das beherrschende Konzernunternehmen TB und hat es einen Aufsichtsrat gebildet, so sind in diesem Organ keine AN-Representanten vertreten (§§ 81 I, 76 BetrVG).

In diesem Fall kann § 76 IV auch in Bezug auf die abhängigen Unternehmen keine Anwendung finden, d.h. die AN der abhängigen Unternehmen können sich dann nicht an der Wahl der AN-Vertreter für den Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens beteiligen, weil es überhaupt keine AN-Vertreter im Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens gibt.

Darüber hinaus muß aber die TBs-Eigenschaft eines beherrschenden Konzernunternehmens zur Folge haben, daß auch in den abhängigen Konzernunternehmen keine AN-Vertreter im Auf-

1) Vgl. Dietz, BetrVG § 76 Anm. 56.

2) Vgl. Galperin, BetrVG § 76 Anm. 31.

3) Vgl. auch Huber, WirtschaftsVwR I S. 421.

sichtsrat sein können (falls ein solcher überhaupt gebildet ist). Hat nämlich das herrschende Unternehmen infolge rechtlicher oder tatsächlicher Gründe die Möglichkeit, Verwaltung und Geschäftsführung des abhängigen Unternehmens maßgebend zu bestimmen, so ist es auch in der Lage, auf die Zielsetzung dieses Unternehmens derart einzuwirken, daß sie mit der Zielsetzung des herrschenden Unternehmens übereinstimmt, d.h. die eigene Tendenz auf das abhängige Unternehmen auszudehnen. Diese geistig-ideelle Zielsetzung kann dann durch entgegengesetzte Meinungen von ANn im Aufsichtsrat des abhängigen Unternehmens genauso gefährdet werden wie im Aufsichtsrat des beherrschenden Unternehmens.

Es muß daher im Falle eines Konzerns kraft Abhängigkeit dann, wenn das herrschende Unternehmen einer der Tendenzen des § 81 I dient, der gesamte Konzern als ein Unternehmen i.S. des § 81 I angesehen werden, mit der Folge, daß weder beim herrschenden noch beim abhängigen Unternehmen AN-Vertreter in den Aufsichtsrat zu schicken sind¹⁾.

Ist hingegen das abhängige Konzernunternehmen ein TB i.S. des § 81 I und das beherrschende nicht, so hat das abhängige Unternehmen keine AN-Vertreter im eigenen Aufsichtsrat (§§ 81 I, 76) und darf sich auch konsequenterweise nicht an der Wahl der AN-Vertreter in den Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens gem. § 76 IV beteiligen²⁾. Es tritt jedoch hier nicht die Folge ein, daß innerhalb eines Konzerns der abhängige TB auch dem herrschenden tendenzfreien Unternehmen seinen Stempel aufzudrücken vermag, mit der Folge, daß der ganze Konzern als TB anzusehen ist und auch die AN des an sich tendenzfreien, herrschenden Unternehmens aus dem Aufsichtsrat ausgeschlossen bleiben³⁾.

1) Zum selben Ergebnis kommt: Galperin, BetrVG § 76 Anm.20.

2) Vgl. Bormann in VWV 1953, 83.

3) Wenn wir bei verschiedenen Betrieben innerhalb ein und desselben Unternehmens zu einem anderen Ergebnis kommen, so findet das seine Rechtfertigung darin, daß § 81 I nicht auf den Betrieb abstellt, sondern auf das Unternehmen. Andererseits haben aber die verschiedenen Unternehmen innerhalb eines Konzernverhältnisses trotz einer gewissen Abhängigkeit ihre rechtliche Selbständigkeit bewahrt.

2. Holdinggesellschaften als Tendenzbetriebe.

Unter Holdinggesellschaften versteht man Gesellschaften, die selbst keinen eigenen Produktions- oder Handelsbetrieb aufzuweisen haben, deren Tätigkeit viel eher darin besteht, sich an anderer Unternehmen zu beteiligen und diese Beteiligungen zu verwalten¹⁾. Man nennt sie daher auch "Beteiligungsgesellschaften"²⁾.

Die Holdinggesellschaft stellt eine Klammer dar, welche die zu einem wirtschaftlichen Zweck zusammengeschlossenen Unternehmen umfaßt und sie unter einheitlichen Gesichtspunkten leitet³⁾. Man kann sie also auch als eine Form der "einheitlichen Leitung mehrerer zusammengefaßter, rechtlich selbständiger Unternehmen i.S. des § 15 I AktG bezeichnen.

Hierbei kann der Grad der Beteiligung der Holdinggesellschaft an einem fremden Unternehmen, die Intensität der Beeinflussung der gesamten Tätigkeit im fremden Unternehmen, von der totalen Beherrschung bis zur lediglich beratenden Funktion reichen. Sind die durch die Holdinggesellschaft zusammengeschlossenen Unternehmen finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch derartig von der Obergesellschaft abhängig, daß sie unter ihrem beherrschenden Einfluß stehen, so haben wir es mit einem Konzernverhältnis auf Grund Abhängigkeit (§ 15 II AktG) zu tun. In diesem Falle gilt das im vorangehenden Abschnitt Ausgeführte.

Ist ein derartiger beherrschender Einfluß und eine tatsächliche Abhängigkeit nicht vorhanden, so ist zunächst zu prüfen, ob die Holdinggesellschaften als reine Beteiligungs- und Verwaltungsgesellschaften überhaupt als "Unternehmen" i.S. des BetrVG anzusehen sind, denn nur dann müssen sie u.U. einen eigenen Aufsichtsrat bilden und nur dann können sie evtl. auch TBe i.S. des § 81 I sein.

Diese Frage ist zu bejahen. Die Holdinggesellschaft ist, gleich-

1) Vgl. Boldt, MBB § 1 Anm. 36 und Hbf. II 1 vor § 1; Terder in NJW 1953, 1493; Iff Düsselndorf in NJW 1954, 236; Kötter, MBB § 1 Anm. 14 und 19.

2) Vgl. Boldt, MBB § 1 Anm. 1.

3) Vgl. auch Huber, WirtschaftsVwR I S. 426.

gültig in welchem Maße sie in die rechtliche oder tatsächliche Selbständigkeit der Tochterunternehmen eingreift, eine Organisationsform des wirtschaftlichen Lebens, die alle Voraussetzungen, welche an ein Unternehmen i.S. des BetrVG zu stellen sind, erfüllt (vgl. Ausführungen oben unter § 1 B)¹⁾. Sie untersteht daher den Bestimmungen des BetrVG. Hat sie die Rechtsform einer der Gesellschaften des § 76 I, so müssen auch AN-Vertreter in den Aufsichtsrat gewählt werden²⁾. Verfolgt die Holdinggesellschaft selbst eine der geistig-ideellen Zielsetzungen des § 81 I, so ist sicherlich die Tendenzschutzbestimmung auf derartige Unternehmen anzuwenden, ein Fall, der praktisch kaum vorkommen wird, da der Zusammenschluß unter einer einheitlichen Leitung - noch dazu bei größeren Unternehmen - in den meisten Fällen ausschließlich zu wirtschaftlichen Zwecken erfolgt und die in § 81 I genannten Ziele wohl meistens auf kleinerer Basis angestrebt werden. Theoretisch ist es aber durchaus denkbar, daß eine Holdinggesellschaft neben wirtschaftlichen Zwecken auch noch einer Tendenz des § 81 I dient. Dann aber ist sie nur deshalb TB, weil sie eines der Ziele des § 81 I verfolgt und nicht deshalb, weil sie ihrer Struktur nach (Kopfgebilde ohne Körper) erheblich von einem Produktionsbetrieb abweicht. Auch kann man die leitende und verwaltende Tätigkeit, die bezeichnend ist für eine Holdinggesellschaft, nicht als eine "ähnliche" geistig-ideelle Zweckbestimmung des § 81 I bezeichnen³⁾. Diese Tätigkeiten genügen nicht den Anforderungen des § 81 I, der eine Verfolgung geistig-ideeller Ziele zur Voraussetzung hat. Eine andere Meinung muß zwangsläufig zu dem Ergeb-

1) Vgl. Dietz, BetrVG § 1 Anm. 30 ff; Kötter, MBG § 1 Anm. 14 und 19; auch LG Düsseldorf in NJW 1954, 236 unterstellt die Holdinggesellschaften ohne weiteres den Bestimmungen des BetrVG.

2) Bei Behandlung dieser Frage übersieht Heihoff, Diss. S. 51 und 52 m.E., daß der Streit nicht darum geht, ob Holdinggesellschaften überhaupt "Unternehmen" i.S. des Betriebsverfassungsrechts sind, sondern darum, ob das speziellere MBG v. 21.5.1951 auf die Holdinggesellschaften anwendbar ist (verneinend: LG Düsseldorf in NJW 1954, 236; Kötter in NJW 1954, 209 und MBG § 1 Anm. 19; Boldt, MBG § 1 Anm. 1 und 3d; bejahend Bender in NJW 1953, 1493). Daß Holdinggesellschaften, auch wenn sie reine Verwaltungsaufgaben durchführen, "Unternehmen i.S. des Betriebsverfassungsrechts" sind, dürfte kaum bestritten werden.

3) A.A. Heihoff, Diss. S. 53, 54.

nis führen, daß jedes Unternehmen u. a. die Ausnahmenvorschrift des § 81 I fällt, denn Leitung und Verwaltung spielt überall eine entscheidende Rolle. Daß die V e r s c h i e d e n a r - t i g k e i t allein kein Kriterium ist für die Anwendung des § 81 I, wurde bereits untersucht (vgl. § 2 E V).

Eine Holdinggesellschaft ist vielmehr nur dann ein TB, wenn sie ausschließlich oder n e b e n ihrer Verwaltungstätigkeit einer der Richtungen des § 81 I dient.

In diesem Falle ergreift die Tendenz der Holdinggesellschaft jedoch nicht die Tochterunternehmen, sodaß für diese sehr wohl das BetrVG (evtl. auch das MBG) im vollen Umfange gilt. Andererseits berührt die evtl. Tendenz des Tochterunternehmens nicht die Holdinggesellschaft¹⁾.

Solange Holdinggesellschaften sowohl als auch Tochterunternehmen ihre Geschicke selbst und völlig unabhängig voneinander bestimmen können, ist kein Grund vorhanden, die geistig-ideelle Zielsetzung des einen Unternehmens auf das andere übergreifen zu lassen, mit der Folge, daß die durch die Holdinggesellschaft lose zusammengeklammerte Verbindung mehrerer Unternehmen in ihrer Gesamtheit als ein TB i.S. des § 81 I anzusehen wäre.

F. BETRIEBE MIT GEISTIG-IDEELLER ZIELSETZUNG IM PERSONALVERTRETUNGSGESETZ DES BUNDES.

Da seit dem Erlass des BetrVG bereits mehrere Jahre verstrichen sind, in denen Wissenschaft und Praxis Gelegenheit hatten, Kritik an der gesetzlichen Regelung des Tendenzschutzes in § 81 I BetrVG zu üben, ist es von Interesse, das am 5.9.1955 in Kraft getretene PersVG des Bundes (vgl. oben zu § 2 A I 3 b bb) daraufhin zu untersuchen, ob der Gesetzgeber heute noch - genau wie bei Erlass des BetrVG im Jahre 1952 - kompromißlos den Schutz der geistig-ideellen Ziele vor Beeinträchtigungen durch AN-Be-

1) Dies alles gilt aber nur für den Fall, daß die Holdinggesellschaft keinen beherrschenden Einfluß ausübt. Ist dies nämlich der Fall, so gelten die oben zu § 2 E VI 1 gefundenen Ergebnisse.

teiligungsrechte propagiert oder ob hier an Hand des jüngeren Gesetzes nachgewiesen werden kann, daß sich in der Zwischenzeit die Ansichten bezüglich Umfang und Grenzen des Tendenzschutzes geändert haben und wenn ja, ob diese Änderung des gesetzgeberischen Willens auch für die noch ausstehenden Landespersonalvertretungsgesetze richtungsweisend sein könnte.

Hierzu ist zu bemerken, daß das PersVG keine dem § 81 I BetrVG gleichkommende Bestimmung enthält, das Gesetz also keine TBe kennt.

Gen. § 83 I PersVG können aber die Länder für Angehörige von Dienststellen, "die bildenden, wissenschaftlichen und künstlerischen Zwecken dienen" (statt "und" lies "oder") eine "besondere" Regelung treffen¹⁾.

Ähnlich wie es beim § 81 I BetrVG auf den besonderen Zweck des Unternehmens ankommt, ist in § 83 I PersVG auf den besonderen Zweck der Dienststelle abgestellt und nicht auf die jeweilige Tätigkeit des einzelnen Bediensteten²⁾.

Auf Grund dieser Regelung bleibt es den Ländern überlassen, z. B. für die Bediensteten von öffentlichen Schulen aller Art, Hochschulen und Universitäten, wissenschaftlichen Instituten, Museen, Theatern und Orchestern der öffentlichen Hand, eine gegenüber den Bestimmungen des PersVG abweichende Regelung der innerbetrieblichen Ordnung zu treffen.

Die Tatsache, daß im § 83 I PersVG außer der "bildenden, wissenschaftlichen und künstlerischen" Zweckbestimmung keine der weiteren Tendenzen des § 81 I BetrVG genannt wird, bedeutet nicht, daß dem Bundesgesetzgeber bereits 3 Jahre nach Erlass des BetrVG "politische, gewerkschaftliche, konfessionelle, karitative und ähnliche" Tendenzen nicht mehr schutzwürdig erschienen sind.

Sie findet ihre Erklärung vielmehr in dem strukturellen Unterschied zwischen Unternehmen der Privatwirtschaft und der öffentlichen Hand und auch darin, daß der Gesetzgeber bereits bei der Formulierung der gesetzlichen AN-Beteiligungs-

1) Hier handelt es sich um eine Rahmenvorschrift des Bundes für die Länder.

2) Vgl. Dietz, PersVG § 83 Anm. 9.

rechte im PersVG im besonderen Maße Rücksicht genommen hat auf die Besonderheit der öffentlichen Betriebe und Verwaltungen (Verfolgung öffentlicher Belange!). Man hat also im PersVG bereits bei der Inhaltsbestimmung der Beteiligungsrechte innerhalb öffentlicher Betriebe darauf geachtet, daß die Grundtendenz (Dienst im öffentlichen Interesse) nicht durch die Beteiligungsrechte der Bediensteten gefährdet wird.

§ 83 I PersVG gibt nun den Ländern d a r ü b e r h i n a u s die Möglichkeit, in Dienststellen mit "bildenden, wissenschaftlichen und künstlerischen" Zielen für deren Bedienstete eine Sonderregelung zu treffen.

Diese Ermächtigung an die Landesgesetzgeber kann zur Folge haben, daß für j e d e der genannten Dienststellen eine andere Regelung eingeführt wird¹⁾.

In keinem Zusammenhang mit dem Problem der TBe steht die Regelung des § 72 PersVG, wonach Bedienstete mit "vorwiegend wissenschaftlicher oder künstlerischer Tätigkeit" aus dem Bereich der Beteiligungsrechte des Personalrats in p e r s o n e l l e n Angelegenheiten (§§ 70, 71 PersVG) ausgenommen werden, falls sie nicht das Gegenteil beantragen. Hier kommt es nicht auf die Aufgabe und Zweckbestimmung der Dienststelle selbst an (im Gegensatz zu § 83 PersVG). Allein entscheidend ist es, daß einem Bediensteten v o r w i e g e n d eine künstlerische oder wissenschaftliche Aufgabe gestellt ist. Er kann daneben durchaus noch andere Tätigkeiten ausführen. Hierher gehören z.B. Hochschullehrer, Bedienstete mit wissenschaftlichen Aufgaben, Leiter von Forschungsanstalten, Assistenten, Bühnenkünstler, Orchestermglieder etc.²⁾.

Aus der Tatsache, daß der Personalrat nur bezüglich solcher Bediensteter kein Beteiligungsrecht hat, die v o r w i e g e n d wissenschaftliche oder künstlerische Tätigkeit ausüben, läßt sich bei oberflächlicher Betrachtung der Schluß ziehen, der Bundesgesetzgeber habe nun doch für die unter seiner Zuständigkeit

1) Vgl. Dietz, PersVG § 83 Anm. 10.

2) Vgl. Dietz, PersVG § 72 Anm. 18.

stehenden Betriebe und Verwaltungen der öffentlichen Hand das eingeführt, was damals bei den Beratungen zum BetrVG von der Opposition gefordert und von der parlamentarischen Mehrheit abgelehnt wurde¹⁾, nämlich die "quantitative Abwägung" des tendenzbestimmten und des tendenzfreien Teils der Tätigkeit innerhalb eines "Mischbetriebes" (vgl. Erörterungen oben zu § 2 A III 2 b).

Das ist aber nicht richtig, da der Gesetzgeber in § 72 PersVG überhaupt nichts zur Lösung des Problems der in § 81 I BetrVG aufgeführten Unternehmen sagen wollte. Es war vielmehr seine Absicht, einzelne Bedienstete wegen ihrer besonderen Aufgaben aus dem Kreis der personellen Beteiligungsrechte des Personalrats (§§ 70, 71 PersVG) auszunehmen, genauso, wie das in anderen Bestimmungen auch geschehen ist (§ 2 III BayBRG, § 4 II d und e BetrVG).

Keineswegs kann also die Bestimmung des § 72 PersVG als ein den Ländern durch den Bundesgesetzgeber anempfohlener Weg zur Lösung des Problems der "Mischbetriebe" angesehen werden.

Zusammenfassend ist zu sagen, daß der Bundesgesetzgeber durch den Erlass des PersVG vom 5.8.1955 den Ländern wohl die Möglichkeit eingeräumt hat, bei Verwaltungen und Betrieben ihres Zuständigkeitsbereichs unter bestimmten, beschränkten Voraussetzungen eine dem § 81 I BetrVG ähnliche Sonderregelung zu treffen (§ 83 I PersVG), daß im PersVG selbst aber eine dem § 81 I BetrVG entsprechende Regelung nicht enthalten ist²⁾.

1) Vgl. Begründung des Änderungsantrags der SPD - Umdruck Nr. 617 Z.50 vom 17.7.1952 - Sten.Ber.S.10085 ff.

2) Einzelne Bundesländer haben seitdem eigene PersVGs erlassen, so z.B. Hamburg ("Hamburgisches PersVG vom 18.10.1957" - GVBl.I S.473 ff), Bremen ("Bremisches PersVG vom 3.12.1957" - GVBl.1957 S.161 ff) und Schleswig-Holstein (Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die Personalvertretungen in den öffentlichen Verwaltungen und Betrieben in Schleswig-Holstein vom 23.11.1957 - GVBl.1957 S.151 ff). Lediglich das PersVG von Schleswig Holstein machte von der Ermächtigung in § 83 I BPersVG Gebrauch und bestimmte in § 57 I b in der Fassung des Art.28 des Gesetzes vom 23.11.1957, daß das PersVG keine Anwendung findet auf Angehörige von Dienststellen, die wissenschaftlichen, bildenden und künstlerischen Zwecken dienen. Die beiden anderen Länder haben nur eine dem § 81 II BetrVG entsprechende Regelung ge-

Schließlich bringt auch der § 72 PersVG keine neuen Gesichtspunkte für die Lösung der durch § 81 I BetrVG aufgeworfenen Problematik von den "Mischbetrieben", da er nichts über die geistig-ideelle Unternehmenstendenz aussagt, sondern nur gewisse Bedienstete unter bestimmten Voraussetzungen aus dem Kreis der personellen Beteiligungsrechte des Personalrats ausnehmen will.

§ 3 AUSWIRKUNGEN DER BETRIEBS- VERFASSUNGSRECHTLICHEN SONDERSTELLUNG DER TENDENZ- BETRIEBE AUF DER EBENE DES VERFASSUNGSRECHTS.

A. ARBEITSRECHT UND VERFASSUNGSRECHT IN ALLEMANIEN.

I. Auswirkungen der Grundrechte auf arbeitsrechtlichem Gebiet.

1. Die Problemstellung.

Das Problem wurde anlässlich der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer zu Bonn am 15.10.1953 angeschnitten. In der Aussprache über den ersten Beratungsgegenstand zum Thema "Begriff

troffen (vgl. Bremen § 73 und Hamburg § 81). In den übrigen Ländern der Bundesrepublik sind derartige PersVGs in Vorbereitung, bzw. stehen vor ihrer Verabschiedung. Bis zu ihrem Inkrafttreten gelten die bisherigen Vorschriften über die Betriebs- bzw. Personalvertretungen im öffentlichen Dienst, die bei Inkrafttreten des BetrVG (am 14.11.1952) noch in Geltung waren (§§ 88 II BetrVG, 82 ff BPersVG; vgl. auch die Ausführungen oben zu § 2 A I 3).

und Wesen des sozialen Rechtsstaats" erklärte N i p p e r - d e y , es sei im Rahmen des gestellten Themas nicht genügend klar zum Ausdruck gekommen, inwieweit die GRE - gerade vom Gesichtspunkt des sozialen Rechtsstaats - für den Rechtsverkehr unter den Rechtsgenossen Bedeutung haben, inwieweit "der soziale Rechtsstaat, wenn er in einzelnen, konkreten Gren seine Gestaltung erfahren hat, auch Schutz gegen soziale Gewalten, also andere Gewalten als den Staat, gegen andere Rechtsgenossen" gewährt¹⁾. So wurde seitens eines prominenten Zivil- und Arbeitsrechtlers eine Frage vor das Forum der deutschen Staatsrechtslehrer gebracht, die mit der zunehmenden Macht nicht-staatlicher Vereinigungen, Verbände, ja selbst einzelner Personen, in steigenden Maße die Gemüter bewegt, die Frage nämlich, ob der Einzelne durch die GRE der Verfassung nur geschützt wird gegen Eingriffe seitens der staatlichen Hoheitsgewalt oder auch gegen Beeinträchtigungen durch nicht-staatliche Kräfte. Auf dem speziellen Gebiet des Arbeitsrechts erhebt sich die Frage, ob der AN sich gegenüber Vereinbarungen und Maßnahmen des ArbGes nicht nur auf den Schutz arbeitsrechtlicher bzw. zivilrechtlicher Bestimmungen berufen kann, sondern auch auf v e r - f a s s u n g s m ä ß i g e Rechte.

2. Die historische Entwicklung.

a.) Die klassischen Grundrechte.

Sowohl den Vätern der "Erklärung der Menschenrechte" des Staates Virginia vom 12.6.1776 und der "Unabhängigkeitserklärung" der Vereinigten Staaten vom 4.7.1776 als auch den Schöpfern der "Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte" vom 26.8.1789 ging es darum, dem Individuum Freiheit v o m Staat zu gewähren, die Allmacht des absoluten Staates über den Bürger durch Gewährung fundamentaler, unantastbarer Rechte zu beschränken ("limitation of government") und dem Einzelnen, der nach damaliger

1) So Nipperdey in "Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer" Berlin 1954 Heft 12 S.96 ff.

Auffassung freiwillig in den Staatsverband eintritt, eine "staatsfreie Sphäre" zu garantieren¹⁾.

Diese "ursprünglichen" GRE werden in der Staatslehre auch "klassische" GRE genannt²⁾, das Verhältnis des einzelnen Bürgers zum Staat wird als "abwehrender Stand"³⁾ oder "negativer Status (status libertatis)" bezeichnet⁴⁾.

Den klassischen GREn erkannte man Bedeutung nur im vertikalen Verhältnis zwischen Staat und Bürger zu, nicht aber im horizontalen Verhältnis unter den Rechtsgenossen.

b.) Die Grundrechte in der Weimarer Verfassung.

Die RV vom 11.8.1919 trug erstmals der Gefahr Rechnung, die darin bestand, daß organisierte Gruppeninteressen, Monopole, Privatpersonen oder sonstige außerstaatliche Mächte, bedenkenlos in die durch die RV gewährten GRE eingriffen, ohne daß sich der betroffene Bürger auf verfassungsmäßige GRE hätte berufen können, weil diese eben nur im vertikalen Verhältnis anerkannt waren.

So bestimmte der Art. 118 I RV, der in seinem Satz 1 jedem Deutschen das Recht zuerkannte, seine Meinung innerhalb der Schranken der allgemeinen Gesetze frei zu äußern, im Satz 2, daß ihn an diesem Recht "kein Arbeits- oder Arrestollenverhältnis hindern" und niemand ihn benachteiligen darf, wenn er vor diesem Recht Gebrauch macht.

Ferner wurde durch Art. 159 RV die Koalitionsfreiheit auch im horizontalen Verhältnis unter den Rechtsgenossen anerkannt⁵⁾.

1) Vgl. Mangoldt-Klein, GG Vorbem. A II 4a vor Art. 1; Maunz, StaatsR S.84; Apelt Willibald, Geschichte der Weimarer Verfassung, München 1946 S. 292 ff.

2) So W.Jellinek in BB 1950, 425 und Hans Huber ZfSchwR 1955, 181 ff.

3) So Maunz, StaatsR S.78.

4) So G.Jellinek, System der subj.öff.R S.89 ff; v.Mangoldt-Klein, GG-Vorbem. A II 3; Scholler, Die Freiheit des Gewissens S. 179.

5) Art.159 S.2 lautete: "Alle Abreden und Maßnahmen, welche diese Freiheit einzuschränken oder zu behindern suchen, sind rechtswidrig".

Diese beiden Bestimmungen waren **A u s n a h m e** von dem auch während der Geltung der RV herrschenden Grundsatz, daß die GRe die Freiheit des Einzelnen nur gegenüber der ö f f e n t l i c h e n Gewalt, nicht aber gegenüber außerstaatlichen sozialen Gewalten schützen wollen, es sei denn, es ergab sich unzweideutig aus dem Wortlaut der Verfassungsbestimmung etwas anderes (wie z.B. in den Art. 118 I S. 2 und 159 S. 2 RV)¹⁾.

Die praktische Bedeutung der Art. 118 I 2 und 159 S. 2 RV für das Arbeitsrecht war die, daß grundsätzlich kein ArbGeb einen AN an der freien Meinungsäußerung hindern oder ihn wegen dieser Meinungsäußerung benachteiligen durfte, solange sich d r AN innerhalb der Schranken der allgemeinen Gesetze hielt, ferner, daß alle Abreden und Maßnahmen des ArbGehs, welche die Koalitionsfreiheit des ANs zu behindern suchten, rechtswidrig waren ²⁾ Unter "Koalitionsfreiheit" verstand man allerdings nur die Vereinigungsfreiheit zur Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen und nicht die Freiheit der Zugehörigkeit zu einer politischen Partei, da letztere schon durch Art. 118 geschützt war³⁾.

Die Art. 118 I 2 und Art. 159 RV enthielten demnach anerkanntermaßen nicht nur reine "Programmsätze", wie zahlreiche GRs-Artikel der RV (sog. "leerlaufende GRs")⁴⁾, sondern unmittelbar gel-

- 1) Vgl. Gebhard, RV Art.118 Anm.7; Anschütz, RV Art.118 Anm.5; Gliese, RV Art.118 Anm.3; Poetzsch-Heffter, RV S.397; Hans Huber in ZfSchwR 1955, 170; v.Mangoldt-Klein, GG Vorbem.A II 4b vor Art. 1; Maunz, StaatsR S.84, 85; Apelt Willibalt, Geschichte der Weimarer Verfassung, München 1946, S.363-364 und 313-316; Nawiasky Hans, Grundgedanken der Reichsverfassung, München und Leipzig 1920 S.151 und 159; Nawiasky Hans, Bayer. Verfassungsrecht, München/Berlin/Leipzig 1923 S.246 ff; Nawiasky Hans - Leusser Claus, Die Verfassung des Freistaates Bayern, Komm. München/Berlin 1948, Anm. zu Art.110 und 170.
- 2) Vgl. Nipperdey in Hueck-Nipperdey, ArbR Band II, 3.-5. Aufl. 1932 S.470; Apelt Willibalt, Geschichte der Weimarer Verfassung, München 1946 S.314-316.
- 3) So RA7 in RAGE 10, 30 und 284; Nipperdey in Hueck-Nipperdey, ArbR Band II, 3.-5. Aufl. S.470.
- 4) Vgl. Voigt, Gesch. d. d. R. S.130; BVerfGE 6, 40; v.Mangoldt-Klein, GG Vorbem. B III 4; Nawiasky Hans, Grundgedanken der Reichsverfassung, München und Leipzig 1920 S.124 und 130.

tendes Recht¹⁾.

Griff ein ArbGeb durch irgendwelche Abreden oder Maßnahmen (z. B. durch eine Kündigung) in diese GRe ein und stellten diese Handlungen "Maßregelungen" des ANs dar, so waren sie gem. § 134 BGB als nichtig anzusehen. In derartigen Fällen war der ArbGeb auch u.U. nach § 823 II BGB zum Schadensersatz verpflichtet, weil die Art. 118 I und Art. 159 RV als Schutzgesetze i.S. des § 823 II BGB angesehen wurden²⁾.

c.) Die Grundrechte im Bonner Grundgesetz.

Im GG ist eine Rückkehr zu den "klassischen" GRe und ein Verzicht auf einen übermäßig langen Katalog von GRe festzustellen³⁾, wenn auch die kurze und prägnante Form, welche die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte auszeichnet⁴⁾, nicht gewählt wurde⁵⁾. Die GRe des GG sind im Zweifel unmittelbar wirksame aktuell geltende subjektiv-öffentliche Rechte ("echte" GRe)⁶⁾.

Die klassischen Freiheitsrechte bilden bei weitem die Mehrzahl der GRe⁷⁾ im GG. Folgende GRe können als Rechte auf Freiheit vom Staate hierzu gerechnet werden: Art. 1 I (Schutz der Menschenwürde), Art. 2 I (Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit), Art. 2 II (Recht auf körperliche Unversehrtheit), Art. 3 I (Gleichheitsgrundsatz), Art. 3 II (Gleichberechtigung der Geschlechter), Art. 3 III (Diskriminierungsverbot), Art. 4

1) Vgl. RAG in RAGE 10, 31; Nipperdey in Hueck-Nipperdey, ArbR Band II, 3-5. Aufl. 1932 S. 467; Apelt Willibalt, Geschichte der Weimarer Verfassung, München 1946 S. 299; Scholler, Die Freiheit des Gewissens S. 181.

2) So RAG in RAGE 4, 26; 6, 271; 8, 218; 10, 29; 10, 268; Leberhard, RV Art. 118 Anm. 7; Anschütz, RV Art. 118 Anm. 5; Poetzsch Heffter, RV Art. 118 Anm. 7; Nipperdey in Hueck-Nipperdey, ArbR Band II, 3.-5. Aufl. 1932 S. 493 ff.

3) Vgl. v. Mangoldt-Klein, GG-Einl. VI 6.

4) Vgl. Voigt, Gesch. der GRe S. 30; Hamann, Das GG S. 64.

5) Vgl. Hamel, Die Bedeutung der GRe S. 13 und 22; W. Jellinek in BB 1950, 425; Huber in ZfSchwR 1955 S. 181.

6) Vgl. v. Mangoldt-Klein, GG-Vorbem. B VIII und X.

7) Vgl. v. Mangoldt-Klein, GG-Vorbem. B III 2 und B XIV 1.

I, II und III (Glaubens-, Bekenntnis- und Gewissensfreiheit), Art. 5 I (Recht der freien Meinungsäußerung), Art. 5 III (Freiheit der Wissenschaft, Forschung und Lehre), Art. 8 I (Versammlungsfreiheit), Art. 9 I und III (Vereins- und Koalitionsfreiheit), Art. 10 (Brief- und Postgeheimnis), Art. 11 I (Freizügigkeit im Bundesgebiet), Art. 12 I und III (Freiheit der Berufswahl, Verbot der Zwangsarbeit), Art. 13 I (Unverletzlichkeit der Wohnung), Art. 14 I (Garantie des Eigentums und Erbrechts), Art. 17 (Petitionsrecht).

Daneben enthält das GG auch noch Rechte des Bürgers auf **M i t - w i r k u n g a m S t a a t**¹⁾. Hierher gehören z.B. die Art. 16 I (Recht auf Staatsangehörigkeit), Art. 16 II (Asylrecht), Art. 17 (Petitionsrecht, das man auch als Freiheitsrecht auffassen kann), Art. 33 I (Recht auf staatsbürgerliche Gleichbehandlung), Art. 33 II (gleicher Zugang zu öffentlichen Ämtern), Art. 38 I und II (passives und aktives Wahlrecht).

Schließlich sind im GG auch noch Rechte des Bürgers auf **b e s t i m m t e s t a a t l i c h e L e i s t u n g e n** aufgeführt²⁾. In diesem Zusammenhang können genannt werden: Art. 6 IV (Recht auf Mutterschutz und Mutterfürsorge), Art. 7 II und III (Recht der Erziehungsberechtigten, über die Teilnahme des Kindes am Religionsunterricht zu bestimmen, Pflicht zur Erteilung des Religionsunterrichtes in öffentlichen Schulen), Art. 14 III (Eutschädigungspflicht bei Enteignungen), Art. 19 IV (lückenloser Rechtsschutz bei Maßnahmen der öffentlichen Gewalt), wohl auch Art. 20 I (Sozialstaatlichkeit).

Im Rahmen dieser Untersuchungen interessieren nur die "klassischen" GRe, die Rechte des Bürgers auf Freiheit **v o m S t a a t**, da nur bei diesen eine Wirkung auch im **h o r i z o n t a l e n** Verhältnis unter den Rechtsgenossen überhaupt denkbar ist.

1) Sog. "politische", "staatsbürgerliche", "demokratische" GRe, "Mitwirkungsrechte", nach G.Jellinek, System der subj.öff.R. S.129 ff kennzeichnen sie den "aktiven Status (Status der aktiver Civität)"; vgl. auch v.Mangoldt-Klein, GG-Vorbem. A II 3 c.

2) Sog. "soziale", "wirtschaftliche", "positive" GRe, nach G.Jellinek, System der subj.öff.R. S.109 ff kennzeichnen sie den "positiven Status (Status civitatis)"; vgl. auch v.Mangoldt-Klein, GG-Vorbem. A II 3 b.

3. Der Meinungsstreit über die horizontale Wirkung der Grundrechte.

Seit der Schaffung des GG gehen die Meinungen darüber, ob die klassischen Freiheitsrechte der Verfassung - entsprechend ihrer ursprünglichen Aufgabe und geschichtlichen Entwicklung - nur im vertikalen Verhältnis zwischen Bürger und Staat gelten oder auch im horizontalen Verhältnis unter den Rechtsgenossen, erheblich auseinander. Dieser Meinungsstreit gewinnt insbesondere auch für das Arbeitsrecht Bedeutung, da im GG eine ausdrückliche Drittwirkung, wie sie z.B. der Art. 118 I S.2 RV ausnahmsweise vorsah¹⁾, im entsprechenden Art. 5 GG fehlt²⁾.

a.) Die altüberlieferte Meinung.

Nach dieser Meinung sind die GR ausschließlich gegen den Staat gerichtet und nicht geeignet, privatrechtliche Befugnisse einzuschränken³⁾. Ihre Vertreter berufen sich hauptsächlich auf die historische Aufgabe der GR, den Bürger vor staatlichen Eingriffen zu schützen, ferner auf Art. 1 III GG, der ihrer Meinung nach die Adressaten der GR-Bestimmungen erschöpfend aufzählt⁴⁾ und auf den eigentlichen Charakter der GR als subjektiv-öffentliche Rechte⁵⁾.

Folgt man dieser Meinung, so kommt man in der speziellen Materie

- 1) Art.118 I S.2 RV lautete: "An diesem Recht darf ihn kein Arbeits- oder Angestelltenverhältnis hindern und niemand darf ihn benachteiligen, wenn er von diesem Recht Gebrauch macht".
- 2) Nach v.Mangoldt-Klein ist die Nichtübernahme des Art.118 I 2 RV in Art. 5 GG allerdings ohne Bedeutung (Art. 5 Anm.II 7).
- 3) So W.Jellinek in BB 1950, 425; LAG Stuttgart in BB 1950, 758 und BB 1951, 445; LAG Frankfurt in AF 53 Nr. 237 S.413; LAG Hamm in AF 53 Nr. 162 S.124; Jerusalem in SJZ 1950, 1 ff; Ule in DV 1949, 333; Schmidt-Rimpler-Gieseke-Friesenhahn-Knur in ArchöR 1951, 169 ff; mit einer einzigen Ausnahme (Art. 9 III GG) im allgemeinen wohl auch Maunz, StaatsR S.85; Dürig, Festschr.Nawiasky S.168.
- 4) Art. 1 III GG lautet: "Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht".
- 5) Vgl. v.Mangoldt-Klein, GG-Vorbem. A II 4 d.

des Arbeitsrechts zu dem Ergebnis, daß alle Abreden, Verträge und Maßnahmen des ArbGebs (wie z.B. Tarifverträge und Kündigungen) frei sind von verfassungsrechtlichen Schranken, daß sich der AN derartigen Maßnahmen seines ArbGebs gegenüber niemals auf die ihm durch das GG gewährten GRe berufen kann. Dann gibt es auch keine Auswirkungen von GRen auf arbeitsrechtlichem Gebiet und alle v e r f a s s u n g s r e c h t l i c h e n Erörterungen im Rahmen dieser Untersuchungen erübrigen sich, denn alle Abreden und Maßnahmen können nur vom arbeitsrechtlichen bzw. zivilrechtlichen Standpunkt beurteilt werden.

b.) Der Einfluß neuer Ideen.

Demgegenüber finden in jüngerer Zeit diejenigen Stimmen immer mehr Beachtung und Anerkennung, die eine Wirkung bestimmter GRe auch im h o r i z o n t a l e n Verhältnis fordern¹⁾. Zwar sind die GRe primär gegen die ö f f e n t l i c h e Gewalt gerichtet - so wird argumentiert - Sinn und Zweck moderner demokratischer Verfassungen erfordern es aber, daß so wichtige Verfassungsbestimmungen wie die GRe als Lebensordnung des ganzen Volkes auch gegenüber gefährlichen außerstaatlichen "sozialen

1) Vgl. Nipperdey in BB 1949, 216 und RdA 1950, 121 ff, ferner in Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die GRe S.19 und in Veröff.der Staatsrechtslehrer 1954,36; Huber in ZfSchwR 1955,202; Krüger in RdA 1954,368; Hamann, Das GG S.67; Nikisch, ArbR 55 S.386; v.Mangoldt, GG Art.5 Anm. 3; Rewille-Köst, Handkomm. 1953 Art.5 Anm.2; Herschel in Anm. zu AP 53 Nr. 237 S.414; Wernicke in Boerner Kommentar Ertl. II 2d zu Art. 1, II 2a zu Art. 3, II 3f zu Art. 9, II 2g zu Art. 11 und II 1d zu Art. 13; BGH in BGHZ 6, 365 - 13,338 und in NJW 1957,1146; BAG in BAGE 1,51; Hamel, Die Bedeutung der GRe S.21; Hubmann, PersR 2,194, 157, 159; Giese, 33 Art. 3 Ertl. II 5 und Art. 5 Ertl. II 2; Neumann-Duesberg in NJW 1957,1341; vgl. auch Zusammenstellung bei Scholler, Die Freiheit des Gewissens S.180 ff; Laufke, Festschr. Lehmann I S.179 ff; vgl. insbesondere auch v.Mangoldt-Klein, GG Vorbem.A II 4c, f vor Art.1, Art.1 Anm. III 4, Art.2 Anm.VI 2b, Art.3 Anm.IV 9 und V 4, Art.5 Anm. II 7, Art. 9 Anm. III 5 und V 3, Art. 11 Anm. II 5, Art. 12 Anm. II 4, der die Meinung vertritt, eine "direkte" oder "echte" Drittwirkung von GRen im Sinne von s u b j e k t i v ö f f e n t l i c h e n R e c h t e n sei nicht möglich, da sich alle diese GRe ausschließlich nur g e g e n d e n S t a a t richten können. Dessen ungeachtet würden aber be-

Gewalten" wirken müssen¹⁾. Art. 1 III GG könne daher nicht so ausgelegt werden, als ob ausschließlich die staatlichen Gewalten gebunden seien. Weiterhin lasse sich schon aus Art. 1 I GG die Verpflichtung des Staates ableiten, nicht nur die Menschenwürde zu achten, sondern sie auch zu s c h ü t z e n , worunter sinngemäß nur der Schutz vor außerstaatlichen Mächten zu verstehen sei. Was aber für Art. 1 I GG gilt, müsse auch für die anderen GRe gelten²⁾.

Insbesondere sei es nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen, den Schutz der GRe im GG im Vergleich zu entsprechenden Bestimmungen der RV abzuschwächen. Vielmehr wollte man bewußt das Aufstellen von bloßen Programmsätzen vermeiden und eine schützende Mauer aktueller GRe aufbauen³⁾.

Es sei daher undenkbar, daß z.B. die GRe der Meinungsfreiheit und der Koalitionsfreiheit (Art. 5 und 9 III GG) keine Drittwirkung haben sollten, wo doch bei den entsprechenden Art. 118 I S.2 und 159 S.2 RV eine solche Wirkung ausdrücklich vorgesehen, bzw. allgemein anerkannt war⁴⁾.

Soweit ersichtlich, wird jedoch weder in Wissenschaft noch von der Rechtsprechung die Meinung vertreten, daß a l l e GRe ohne Rücksicht auf ihren Inhalt eine Drittwirkung aufzuweisen haben⁵⁾.

stimmte GRs-bestimmungen doch eine gewisse "Drittwirkung" insofern äußern, als man sie als o b j e k t i v - r e c h t l i c h e "Einrichtungsgarantien", "Grundsatznormen" und "Auslegungsregeln" ansehen könnte (z.B. die Art. 2 II 2, 3 II und III, 5 I, 9 I und III, 11 I und 12 GG); ähnlich wohl auch Dürig, Festschr.Nawiasky S.176-182, insbes. S. 179 Fußn. 48.

- 1) Vgl. Nipperdey in BB 1949, 216 und RdA 1950, 212 ff; Hans Huber in ZfSchwR 1955, 173 ff; Läufeke, Festschr. Lehmann I S.150 ff; Peters, Festschr. Laun S. 672.
- 2) Vgl. Hamel, Die Bedeutung der GRe S.20, 21; BGH in NJW 1957, 1146.
- 3) Vgl. BVerfG in BVerfGE 6, 40 = NJW 1957, 298.
- 4) Vgl. Nikisch, ArbR 55, S. 386; v.Mangoldt, GG Art. 5 Anm.3.
- 5) Hamel, Die Bedeutung der GRe S.21 stellt allerdings die Behauptung auf, "jedes GR verbürgt ein übergesetzliches Institut der Gemeinschaft und ist deshalb unmittelbar geltendes Recht, das jedermann bindet". Er vermeidet aber den Ausdruck "Drittwirkung", denn seiner Meinung nach sind Menschen-

Vielmehr sind sich die meisten derjenigen, die grundsätzlich die Möglichkeit einer derartigen Wirkung bejahen, darin einig, daß bei jedem einzelnen GR geprüft werden muß, "ob und wie weit das ihm zugrunde liegende Rechtsprinzip so weitgehend Bestandteil der durch das GG bestimmten öffentlichen Ordnung geworden ist", daß seine Verletzung durch außerstaatliche soziale Gewalten oder Privatpersonen c i v i l r e c h t l i c h e Folgen (§§ 134, 138, 823 I oder II 826 BGB) nach sich ziehen muß¹⁾.

Sehr weit in der Forderung, die Drittwirkung von GRen anzuerkennen, geht wohl N i p p e r d e y, der die Meinung vertritt, im Zweifel sei davon auszugehen, daß die Verfassung in der Regel die GRen "als allgemein durchsetzbare Rechtsgrundsätze für alle" ausgestalten wollte, daß also eine V e r m u t u n g für die Drittwirkung von GRen besteht²⁾. Ausdrücklich bejaht hat Nipperdey die Drittwirkung bei den Art. 1 I, 2 I, 3 II und III, 5, 6, 9 III, 14 II, 48 I und II GG³⁾.

K r ü g e r⁴⁾ und H u b e r⁵⁾ stellen zwar keine Vermutung der Drittwirkung von GRen auf, sie kommen aber bei der Prüfung

rechte - und damit auch die GRen, die sie bestimmen - im Wesen des Menschen gegeben und daher sowohl für den Staat als auch für jedermann sonst unverletzlich; ähnlich wohl auch Dürig, Festschr. Nawiascky S.168 ff (insbes.S.179 Fußn.48).

1) Besonders deutlich Hans Huber in ZfSchwR 1955, 202; Hamann, Das GG S.67, Laufke, Festschr.Lehmann I S.155, 167, 168, 172; Peters, Festschr. Laun S.673; wegen der Anerkennung der allgemeinen Handlungsfreiheit und einzelner Freiheitsrechte als absolute Rechte i.S. des § 823 I BGB vgl. insbesondere Hubmann, PersR S.142,145, 148, 150, 154, 155, 158, 160, 161; ferner BGH in NJW 1957, 1147 und Neumann-Duesberg in NJW 1957, 1341; a.A. v.Mangoldt-Klein, GG Vorbem. A II 4e; Art. 11 Anm. II 5; auch Dürig, Festschr. Nawiascky S.178,180 im Gegensatz zu Laufke, Festschr. Lehmann I S.179 ff-

2) Nipperdey in BB 1949,216 und RdA 1950,125; ferner in Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die GRen S.19, 20.

3) Außer Fußn.2 in Veröff.der Staatsrechtslehrer 1954,9; bez.Art. 4 GG vgl. Scholler, Die Freiheit des Gewissens S.185 ff. A.A. Dürig, Festschr. Nawiascky S.168 ff.

4) Krüger in RdA 1954, 368; a.A. Dürig, Festschr.Nawiascky S.168ff.

5) Hans Huber in ZfSchwR 1955, 181,204,206; a.A.Dürig, Festschr. Nawiascky S.168 ff.

der einzelnen GRen zu dem Ergebnis, daß eine ganze Reihe von GRen mit einer derartigen Wirkung ausgestattet sind, so z.B. die Art. 1 I, 2 I, 3 I, 4 I und II, 5 I GG¹⁾, darüber hinaus auch die Art. 2 II, 3 II, 8 I, 9 I und III, 10 I, 12 I, 13 I GG²⁾.

Es wird nicht als die Aufgabe dieser Arbeit angesehen, im einzelnen zu untersuchen, ob es gerechtfertigt ist, allen, möglichst vielen oder nur einzelnen bestimmten GRen eine Drittwirkung zuzuerkennen³⁾ und welche GRE auf jeden Fall mit einer derartigen Wirkung ausgestattet sind.

Im Rahmen dieser Ausführungen genügt die Feststellung, daß nach einer heute sich immer mehr Geltung verschaffenden Meinung gerade für diejenigen Bestimmungen, die für das Arbeitsrecht bedeutsam sein können, neben der vertikalen Wirkung gegen den Staat auch eine *h o r i z o n t a l e* Wirkung gegenüber außerstaatlichen "sozialen Gewalten" anerkannt ist.

So hat das BAG mit ausführlicher Begründung die unmittelbare Geltung der Art. 3 I, II und III (Gleichheitssatz, Gleichberechtigung der Geschlechter, Diskriminierungsverbot⁴⁾) und Art. 5 I (Recht der freien Meinungsäußerung) sowie aller GRs-Bestimmungen, die für den Rechtsverkehr der Bürger untereinander unentbehrlich sind, auch im Privatrecht bestätigt⁵⁾ und auch andere Arbeitsgerichte teilen diesen Standpunkt⁶⁾. Bei Art. 9 III (Koalitionsfreiheit) wird ebenfalls überwiegend eine Drittwirkung angenommen⁷⁾ und der BGH hat wiederholt die Bestimmungen in

1) So Krüger in RdA 1954, 368.

2) So Hans Huber in ZfSchwR 1955, 181, 204, 206.

3) Vgl. hierzu auch Schnoor v. Carolsfeld, ArbR S.36 und die grundlegenden Ausführungen von Hans Huber in ZfSchwR 1955, 173 ff.

4) Für eine Drittwirkung von Art. 3 III GG spricht auch die Tatsache, daß diese Bestimmung in § 51 S.1 und § 64 III c BetrVG wiederkehrt, a.A. Röhling, Diss. S.106.

5) BAG in BAGE 1,135; 1,254; 1,348; Scholler, Die Freiheit des Gewissens S.181,182 insbes.Fußn.11 und 12.

6) IAG Bremen in BB 1951,476; IAG Hamm in BB 1951,586; IAG Bremen in AP 53 Nr. 73 S.305; ArbG Hamburg (Zweigstelle Hamburg) in AP 51 Nr. 62 S.218.

7) Bezüglich des Gleichlauts der Art.150 RV schon RAL in BAGE 4,26; 6,271; 8,217; 10,208; Vgl. IAG Hannover in BB 1951,586;

Art. 1 und 2 GG, in denen die Unantastbarkeit der Menschenwürde und das Recht der freien Entfaltung der Persönlichkeit - innerhalb der dort angegebenen Schranken - gewährleistet sind, als GRE bezeichnet, die auch im Privatrechtsverkehr gegenüber jedermann gelten¹⁾.

Eine Wirkung der hier besonders wichtigen Art. 3, 5 und 9 III GG auch im horizontalen Verhältnis wird aber nicht nur in der Rechtsprechung der ArbGE vertreten, sondern auch in der Rechtslehre²⁾.

Hieraus ist für das spezielle Gebiet des Arbeitsrechts die Schlussfolgerung zu ziehen, daß alle Abreden und Maßnahmen, wie z.B. Tarifverträge³⁾, Kündigungen⁴⁾ etc., die gegen die Art. 3, 5 oder 9 III GG verstoßen, aus verfassungsrrechtlichen Gesichtspunkten keine rechtliche Wirkung haben können⁵⁾ und u.U. als zivilrechtliche Folge ein Schadensersatzanspruch des ANs gegen den ArbGeb gegeben ist.

ArbG Neumünster in BB 1949, 418; LAG Bremen in AP 53 Nr.73 S.305; Hubmann, PersR S.154; Huber, WirtschaftsVwR II S.382, 388; Maunz, StaatsR S.85 und 122; Schnorr v.Carolsfeld, ArbR S. 352.

- 1) BGH in BHZ 13, 338 und in NJW 1957, 1146; ferner Neumann-Duesberg in NJW 1957, 1341.
- 2) Vgl. Hueck-Nipperdey, ArbR II S. 56 und 96; Bosch-Habscheid in JZ 1954, 214; im übrigen vgl. Fußn.1 auf S.191 f und insbesondere die dort zusammengefaßt dargestellte Sondermeinung bei v.Mangoldt-Klein.
- 3) So BAG in BAGE 1,258 - 1,348 = BB 1955,255 und 542; Nipperdey in BB 1951,282; Herschel in BB 1955,290; Krüger in NJW 1955,685; Hamann, Das GG S.67; a.A. v.Mangoldt-Klein, GG Vorbem. A II 4 e und W.Jellinek in BB 1950,426; Laufke, Fest-schr. Lehmann I S. 182.
- 4) So BAG in BAGE 1,185; LAG Bremen in BB 1951,475 und AP 53 Nr.73 S.305; Mikisch, ArbR 55 S.386; Nipperdey in Hueck-Nipperdey, ArbR II S.98; LAG Hannover in BB 51, 586; LAG Hamm in BB 51, 586; Schnorr v.Carolsfeld, ArbR S.352; vgl. auch schon RAG in RAGE 4,25; 6,217; 10,29.
- 5) Vgl. schon Gebhard, RV Art. 118 Anm. 7; Anschütz, RV Art. 118 Anm. 5; Poetzsch-Heffter, RV Art. 118 Anm. 7; RAG in RAGE 4,26; ferner Hueck-Nipperdey, ArbR II S. 100; Nipperdey in RdA 1950,125 und in Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die GRE S. 37.

4. Die Grundrechte im besonderen Gewaltverhältnis.

Nach heute wohl überwiegender Meinung gelten die GRe nicht nur innerhalb des "Allgemeinen Gewaltverhältnisses", in dem sich jeder Bürger dem Staat gegenüber befindet, sondern auch im Rahmen besonderer öffentlich-rechtlicher Verhältnisse, der sog. "Besonderen Gewaltverhältnisse", in die jeder Staatsbürger jederzeit auf Grund gesetzlichen Zwangs (z.B. Schulzwang, Wehrpflicht), durch Richterspruch (z.B. Polizeiaufsicht nach §§ 38, 39 StGB) und schließlich auch auf Grund freiwilligen Entschlusses (z.B. Eintritt in das Beamtenverhältnis, in die Universität) oder infolge tatsächlicher Vorgänge gelangen kann¹⁾. Dies hat vor allen Dingen für diejenigen GRe zu gelten, die man als "materielle und formelle Hauptgrundrechte"²⁾ oder als "unbeschränkt gewährleistete GRe"³⁾ bezeichnet, also z.B. für die Art. 1 I, 2 I, 3, 4, 9 II, 19 IV GG.

Der einzelne Bürger wird also auch nicht durch seinen freiwilligen Eintritt in ein Besonderes Gewaltverhältnis des Schutzes durch die verfassungsmäßigen GRe beraubt. Andererseits verpflichtet er sich aber, für die Dauer seiner Zugehörigkeit zu diesem Besonderen Gewaltverhältnis von seinen GRe nur insoweit und in dem Umfange Gebrauch zu machen, als nicht Ziel und Zweck des Besonderen Gewaltverhältnisses entgegenstehen, denn aus dem Besonderen Gewaltverhältnis ergeben sich "Schranken" für die GRe⁴⁾.

1) Vgl. Forsthoff, VwR I; S.50,114,353; Bachof, Rechtsgutachten S.16; Hamann, Das GG S.69 und 171; v.Mangoldt-Klein GG Vorbem. B XVI 2 und 3; Maunz, StaatsR S.111.

2) Vgl. Hamann, Das GG S. 68.

3) Vgl. Forsthoff, VwR I S.115.

4) So v.Mangoldt-Klein, GG Vorbem. B XVI 3; OVG Rheinld.-Pfalz in DVBl.1955, 159 = JZ 1955, 17 und in DVBl. 1952, 596 Maunz, StaatsR S.110, 111; Forsthoff, VwR I S. 155, 353.

II. Die Schranken der Grundrechte.

1. Allgemeines.

Sowohl im Allgemeinen als auch im Besonderen Gewaltverhältnis können die GR des Einzelnen bestimmten Schranken unterworfen sein, denn die GR sind nicht schrankenlos¹⁾.

Unächst ist es möglich, daß das einzelne GR selbst unmittelbar eine generelle Einschränkung enthält.

Hier kommen in betracht: Gesetzesvorbehalte, ferner die der einfachen Gesetzgebung gewährten Befugnisse, Inhalt und Grenzen des betreffenden GRs zu bestimmen und schließlich kann eine Beschränkung auch aus der gesetzlichen Umschreibung des Inhalts des in Frage stehenden GRs folgen.

Die Mehrzahl der GR im GG enthalten unmittelbar derartige S c h r a n k e n²⁾, wobei aber stets zu beachten ist, daß der Art. 19 II GG allen Einschränkungen eine absolute Grenze entgegensetzt, denn in keinem Falle darf ein GR in seinem Wesengehalt angetastet werden.

Des weiteren ist zu beachten, daß in einzelnen GRs-Bestimmungen die E i n s c h r ä n k u n g von GRen im Rahmen Besonderer Gewaltverhältnisse a u s d r ü c k l i c h gestattet ist (z.B. in den Art. 12 IV, 17a, 33 V GG)³⁾.

Ob es darüber hinaus noch Schranken gibt, denen a l l e GR unterworfen sind, gleichgültig, ob sie inhaltlich bereits eingeschränkt sind, oder "uneingeschränkt" gewährt wurden (sog. "verfassungsimmanente Schranken"), ist sehr umstritten⁴⁾.

1) Vgl. v.Mangoldt-Klein, GG Vorbem. B XV 1; Peters, Festschr. Laun S. 674 ff; Schnorr v.Carolsfeld, ArbR S.18 und 36.

2) Vgl. die Art. 2 II, 5 II und III, 7 IV, V und VI, 8 II, 9 II, 10 S.2, 11 II, 12 I S.2, II und III, 13 II und III, 14 I S.2 und 3, 18, 21 II, 25, 26, 55, 66 GG.

3) Vgl. v.Mangoldt-Klein, GG Vorbem. B XVI 4.

4) Wegen des Ausdrucks "verfassungsimmanente Schranken" vgl. Bachof, Rechtsgutachten S.16; Hamann, Das GG S.68 versucht an Hand des durch Gesetz v.19.3.1956 (BGBl I S.111) neu eingeführten Art. 17a GG nachzuweisen, daß eine Einschränkung

Die wohl überwiegende Meinung bejaht dies allerdings, teils unter Hinweis auf die der allgemeinen Handlungsfreiheit gesetzten Schranken des Art. 2 I 37 (Rechte anderer, Sittengesetz und verfassungsmäßige Ordnung)¹⁾, teils mit der Überlegung, daß jedes GR den Bestand der staatlichen Ordnung voraussetzt, durch die es gewährleistet wird, es also zum Inbegriff aller GRE gehören muß, daß sie nicht in Anspruch genommen werden dürfen, wenn dadurch "die für den Bestand der Gemeinschaft notwendigen Rechtsgüter gefährdet werden"²⁾.

Für die im Rahmen dieser Untersuchungen gestellte Aufgabe ist es nicht erforderlich, diese einzelnen Meinungen abzuwägen. Es genügt vielmehr die Feststellung, daß nach heute wohl überwiegender Meinung auch die sog. "unbeschränkt" gewährleisteten GRE nicht absolut unbeschränkbar sind, sondern - wie alle anderen GRE auch - gewissen verfassungsimmanenten Schranken unterworfen sind, gleichgültig, ob man diese Schranken aus Art. 2 I GG, oder aus allgemeinen Rechtsgedanken herleitet.

2. Die Schranken des Art. 5 II GG im besonderen und die Auswirkungen auf das Arbeitsrecht.

Gem. Art. 5 II GG findet das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten, seine Schranken "in

von Gren nur dann möglich ist, wenn die GR-Bestimmung selbst eine derartige Möglichkeit vorsieht. Gegen die Meinung, daß alle GRE im GG "verfassungsimmanenten Schranken", insbesondere denen des Art. 2 I 37 unterworfen sind, ferner: BHM in BB 1955, 1036; Beyer in NJW 1954, 713; Zeidler in NJW 1954, 1068; Hamann in NJW 1957, 617; wohl auch Hamel, Die Bedeutung der GRE S. 33, 34; Peters, Festschr. Laun S. 677.

- 1) So BVerfGE 1, 274; Hueck-Nipperdey, ArbR II S. 95; Dürig in ArchöR Bd. 79, 57 ff; Scholtissek in NJW 1952, 563; Krüger in NJW 1955, 201; BGHZ 12, 203 und in NJW 1957, 1147; Giese, FG Art. 2 Anm. 2; Vernicke in Bonner Kommentar zu Art. 2 Brl. II 1b; v. Mangoldt, FG Art. 2 Anm. 2; BVerwGE 1, 327; OVG Münster in MDR 1953, 636; Neumann in JZ 1951, 423; Sieg in DVBl. 1950, 197; Krüger in DVBl. 1950, 627; Huber, WirtschaftsVwR I S. 200 und 661; v. Mangoldt-Klein, FG Vorbem. B XV 3a und Art. 2 Anm. III 5c; Maunz, StaatsR S. 89, 90.
- 2) Vgl. BVerfGE 4, 15 = NJW 1954, 1235 = BB 1954, 653; BGH in NJW 1957, 1408; BVerwG in BVerwGE 1, 48 - 1, 92 - 1, 269 - 1, 303; in BB 1955, 840 und in BB 1956, 192; Laifke, Festschr. Lehmann I S. 175; a. A. Maunz, StaatsR S. 91.

den Vorschriften der allgemeinen Gesetze". Unter "allgemeinen Gesetzen" sind solche Gesetze zu verstehen, die ein bestimmtes Rechtsgut ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung schlechthin schützen¹⁾. Zu den "Allgemeinen Gesetzen" gehören im Verhältnis der Bürger zueinander auch die Grundregeln über die Arbeitsverhältnisse²⁾. Eine solche maßgebliche Grundregel ist aber, sich so zu verhalten, daß der Betriebsfrieden erhalten bleibt und die Zusammenarbeit mit den übrigen ANn, aber auch mit dem ArbGeb zumutbar bleibt (Rechtsgedanken des § 49 BetrVG)³⁾.

Selbst wenn also die Wirkung des Art. 5 I GG auch gegenüber außerstaatlichen "sozialen Gewalten" anerkannt ist, so kann sich ein AN gegenüber Maßnahmen des ArbGeba dann nicht auf das GR der freien Meinungsäußerung berufen, wenn er durch seine Meinungsäußerung oder deren äußere Betätigung seinen Betrieb schädigt oder gefährdet. Nur wenn die Maßnahme des ArbGeba (z.B. Kündigung) eine willkürliche "Maßregel" darstellt (also z.B. nicht durch Störung des Betriebsfriedens, Nichtzumutbarkeit der weiteren Zusammenarbeit etc. ausgelöst wird, sondern durch völlig unsachliche Gründe), liegt eine GR-verletzung vor, denn in diesem Falle hat der AN innerhalb der Schranken der "allgemeinen Gesetze" von seinem GR Gebrauch gemacht. Folglich darf er bei der Ausübung seines GRs nicht eingeschränkt werden⁴⁾.

1) Vgl. schon Anschütz, RV Art. 118 Anm. 3; ferner Bachof in Rechtsgutachten S.18; BAG in BAGE 1,185 = BB 1955, 128; v.Mangoldt-Klein, GG Art.5 Anm. IX 3a; Maunz, StaatsR S.98.

2) So Nikisch in Anm. zu AP 52 Nr. 2; Frey in Anm. zu BAG in AP Nr. 15 zu § 1 KSchG kommt zum selben Ergebnis durch analoge Anwendung des Art. 2 EGGG, wonach "Gesetz" jede Rechtsnorm ist; Nikisch, ArbR 55 S.386.

3) So BAG in BAGE 1,185 = BB 1955,128; Maunz, StaatsR S.98.

4) Vgl. Nikisch, ArbR 55 S. 386, 387; Rewolle-Köst, Handkomm. 1953, Art.5 GG Anm.2; LAG Düsseldorf in Betr.1951,465; LAG Freiburg in BB 1951,502; LAG Bremen in BB 1951,475; LAG Hamm in BB 1951,586; Röhling, Diss.S.109.

B. TENDENZBETRIEB UND VERFASSUNGSRECHT.

I. Anwendung der bisherigen Ergebnisse auf das zur Untersuchung stehende Problem.

1. Tendenzbetrieb und besonderes Gewaltverhältnis.

Der freiwillige Eintritt in ein Besonderes Gewaltverhältnis (etwa die Immatrikulation an einer Universität oder die Bewerbung als Beamter) und der freiwillige Abschluß eines Arbeitsvertrages mit dem ArbGeb eines Unternehmens, das abweichend von normalen Produktionsbetrieben eine besondere geistig-ideelle Zielsetzung hat, können insofern miteinander verglichen werden, als in beiden Fällen der Einzelne in voller Kenntnis der Besonderheiten des Verhältnisses zum Vertragspartner sich freiwillig und bewußt den Pflichten und Beschränkungen unterwirft, die der vom Normalen abweichende Charakter des Kontrahenten mit sich bringt, spezielle Bindungen eingeht, sich einem Organismus zugesellt und in ihm als Glied eines organischen Ganzen seine personenhafte Einordnung erfährt¹⁾.

Genau wie in den Fällen Besonderer Gewaltverhältnisse müssen auch für die Arbeitsverhältnisse innerhalb von TBen grundsätzlich die GRE der Verfassung in Geltung bleiben. Auf diese GRE kann der Einzelne nämlich überhaupt nicht verzichten, da die GRE, vor allen Dingen das umfassende Persönlichkeitsrecht des Art. 2 I GG, als "vorstaatliche" Rechte des Individuums angesehen sind²⁾.

Schließt ein AN demzufolge einen Arbeitsvertrag ab mit dem Unternehmer eines TBes i.S. des § 31 I BetrVG, so bleibt der ArbGeb, ohne Rücksicht darauf, welcher Tendenz das Unternehmen im konkreten Falle dient, auf jeden Fall an diejenigen GRE des ANs gebunden, die ihm gegenüber wirken, d.h. an die GRE mit horizontaler Drittwirkung, also z.B. an die Art. 3, 5 und 9 III GG.

1) Vgl. Klein in BB 1956, 757.

2) Vgl. Bachof, Rechtsgutachten S.16; Hamel, Die Bedeutung der GRE S.51; v.Mangoldt-Klein, 37 Vorbem. B XVI 5; Maunz, StaatsR S.110, 111.

2. Schranken, die der Tendenzcharakter des Unternehmens mit sich bringt.

a.) Tendenz und beschränkt gewährleistetes Grundrecht.

Das für unsere Untersuchungen bedeutsamste GR der freien Meinungsäußerung (Art. 5 I GG) ist nur beschränkt gewährleistet, denn es wird begrenzt durch die Schranken der "allgemeinen Gesetze" (Art. 5 II).

Wie bereits ausgeführt, gehören zu den "allgemeinen Gesetzen" i.S. des Art. 5 II GG auch die Grundregeln der Arbeitsverhältnisse und zu diesen Grundregeln wiederum ist die Erhaltung des Betriebsfriedens, die vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen ArbGeb und AN zu rechnen. Gefährdet ein AN durch freie Meinungsäußerung innerhalb oder außerhalb des Betriebes den Betriebsfrieden, erscheint infolge seines Verhaltens die vertrauensvolle Zusammenarbeit mit dem ArbGeb unter verständiger Würdigung aller Umstände empfindlich gestört, so wird dieses Verhalten des ANs nicht vom GR-schutz des Art. 5 I GG gedeckt. Eine etwaige Maßnahme des ArbGeba, die das Arbeitsverhältnis - je nach der Schwere des Verstoßes - fristgerecht oder fristlos - a u s d i e s e m G r u n d e auflöst, verstößt dann nicht gegen Art. 5 I GG.

In Falle eines nur b e s c h r ä n k t gewährleisteten GRs wird also das Problem des Verzichts auf die Geltendmachung bestimmter GRs oder des unzulässigen Berufens auf bestimmte GRs innerhalb eines Arbeitsverhältnisses gar nicht bedeutsam, da das GR von vornherein nur unter einem bestimmten Vorbehalt gewährt ist, im Falle des Art. 5 GG z.B., daß durch die freie Meinungsäußerung nicht gegen die allgemeinen Gesetze verstoßen wird. Liegt ein derartiger Verstoß vor, so steht dem Verletzer das GR überhaupt nicht zur Seite.

Diese prinzipiell für alle Arbeitsverhältnisse geltenden Grundsätze erscheinen nun bei Arbeitsverträgen innerhalb von T e n - d e n z b e t r i e b e n in einem besonderen Licht. Während man bei normalen Produktionsbetrieben in der Regel von vornherein

- und für a l l e derartigen Betriebe gleichermaßen zutreffend - sagen kann, dieses oder jenes Verhalten des ANs stört den Betriebsfrieden und rechtfertigt die Kündigung seitens des ArbGeba, kommt bei Unternehmen mit schutzwürdiger geistig-ideeller Zielsetzung ein neuer, wichtiger Faktor hinzu, nämlich der Schutz dieser speziellen T e n d e n z vor Beeinträchtigungen. Immer dann, wenn der AN durch sein inner- oder außerbetriebliches Verhalten dieser T e n d e n z derart zuwiderhandelt, daß seine Weiterbeschäftigung nicht mehr zumutbar erscheint, kann er sich nicht auf Art. 5 I GG berufen, da ihm dies auf Grund der Schranken der "allgemeinen Gesetze" in Art. 5 II GG verwehrt ist.

b.) Tendenz und unbeschränkt gewährleistetes Grundrecht.

Die Art. 3 und 9 III GG, die uns hier in erster Linie interessieren, weil bei ihnen eine horizontale Drittwirkung überwiegend anerkannt wird, enthalten keine dem Art. 5 II GG entsprechende Schranke.

Folgt man der bereits dargelegten Meinung von den allen GR-bestimmungen des GG "verfassungsimmanenten Schranken", so muß man zu dem Ergebnis kommen, daß ein AN auch "unbeschränkt" gewährleistete GRe nur insoweit geltend machen kann (besser, sich gegenüber Maßnahmen des ArbGeba nur insoweit auf sie berufen kann), als er nicht selbst durch sein Verhalten "die Rechte anderer" verletzt, oder "gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz" verstößt, bzw. durch die Geltendmachung dieser GRe nicht "die für den Bestand der Gemeinschaft notwendigen Rechtsgüter gefährdet". Sieht man die Rechtsgüter des Art. 2 I GG als die allen GRen immanenten Schranken an, so verstößt der AN eines TBes, der durch sein Verhalten entgegen der Tendenz ein weiteres Zusammenarbeiten in d i e s e m Unternehmen für den ArbGeb unzumutbar erscheinen läßt, gegen die Prinzipien des § 49 BetrVG, damit auch gegen Schutzgüter des Art. 2 I GG, nämlich gegen "die Rechte anderer" und die "verfassungsmäßige Ord-

nung¹⁾. Aus diesem Grunde kann der AN sich dann gegenüber Maßnahmen des ArbGeba auch nicht auf die sog. "unbeschränkt" gewährleisteten GR berufen.

Diese Gedankengänge a l l e i n können aber für das hier zur Untersuchung stehende Problem der GR innerhalb von TBen zu keiner völlig befriedigenden Lösung beitragen, da nämlich in derartigen Unternehmen von b e i d e n Seiten verfassungsmäßige Rechte geltend gemacht werden können²⁾.

Es wurde bereits festgestellt, daß zumindest alle ausdrücklich genannten Tendenzen des § 81 I BetrVG ihre Wurzel in einer GR-bestimmung des GG haben (vgl. Erörterungen oben zu § 2 A I 1 h), daß also der Unternehmer, der seinem Unternehmen eine oder mehrere dieser Zweckbestimmungen gibt, sich auf verfassungsmäßige Garantien berufen kann.

Zur Lösung des Konfliktes zwischen der Unternehmenstendenz und den AN-Beteiligungsrechten dürfte - zumindest für die verfassungsrechtliche Seite des Problems - die Berufung der ArbGeb-seite auf verfassungsmäßige GR a l l e i n aber nicht genügen, denn es ist nicht einzusehen, warum derartige Rechte nur auf der ArbGeb-seite im Spiel sein sollen, warum z.B. die freie Meinungsäußerung "ein Privileg der Unternehmer" darstellen soll³⁾. Mit dem selben Recht muß sich der AN gegenüber Maßnahmen des ArbGeba, die durch sein Verhalten ausgelöst werden, auf seine ER stützen können, muß also z.B. der sozialdemokratische Redakteur eines Zeitungsunternehmens, das sich in den Dienst von Wahlpropaganda für die CDU/CSU gestellt hat, ebenso den Schutz des Art. 5 I GG für sich in Anspruch nehmen können, wie sein ArbGeb bei der Verfolgung der geistig-ideellen Unternehmenstendenz.

Eine befriedigendere Lösung des Problems ergibt sich vielmehr

1) Unter Zugrundelegung der Entscheidung des BVerfG in BVerfGE 6,40 - 41 = NJW 1957,297 kann man die Rechtsgüter des § 49 BetrVG wohl zur "verfassungsmäßigen Ordnung" = "verfassungsmäßige Rechtsordnung" des Art. 2 I GG rechnen; vgl. ferner Huber, WirtschaftsVwR I S.201 und 663; a.A. wohl v.Mangoldt-Klein, GG-Art.2 Anm. IV 2a.

2) Vgl. Frey in Anm. zu BAG in ArbUR 1956,350; Röhling, Diss. S.107.

3) Vgl. Maurer, AR-Blattei-TB-B I; Frey in Anm. zu BAG in AP Nr. 15 zu § 1 KSchG.

aus folgenden **z u s ä t z l i c h e n** Erwägungen, die gewisse Parallelen mit den Gegebenheiten innerhalb Besonderer Gewaltverhältnisse und den Anforderungen an die Treupflicht der AN im öffentlichen Dienst aufzuweisen haben.

Ein AN, der bewußt und in voller Kenntnis der Umstände in einen TB i.S. des § 81 I BetrVG eintritt, verpflichtet sich gleichzeitig **a r b e i t s v e r t r a g l i c h**, von den ihm nach wie vor zustehenden und unverzichtbaren Gren nur einen beschränkten Gebrauch zu machen, nämlich nur insoweit, als es sich mit der besonderen geistig-ideellen Unternehmenstendenz vereinbaren läßt¹⁾. Dies ist kein **V e r z i c h t** auf Gre und könnte es auch garnicht sein, da ein solcher nicht möglich wäre²⁾, sondern nur die freiwillige - meistens stillschweigend - getroffene Vereinbarung mit dem ArbGeb, der Eigenart der Tendenz Rechnung zu tragen und sich ihr unterzuordnen. Dabei hat der AN, wie bei jedem anderen auf Zeit abgeschlossenen Vertrag auch, grundsätzlich das Recht, sich unter Einhaltung der vertraglichen Fristen vom Vertrag zu lösen, um dann wieder seine Gre im vollen Umfange geltend machen zu können.

Wenn also verschiedentlich die Meinung vertreten wird, im Falle des § 81 I gehen die in der geistig-ideellen Tendenz zum Ausdruck kommenden Gre des ArbGbs den AN-Beteiligungsrechten vor³⁾, der verfassungsmäßige Schutz greife auch gegenüber den Mitbestimmungsrechten durch⁴⁾, das Betriebsinteresse gehe dem Persönlichkeitsschutz vor⁵⁾, oder die betriebliche Ordnung hat den Vorrang vor Art. 5 I GG⁶⁾, so wird hierbei zu wenig berück-

1) So Krüger in RdA 1954, 374; Rewolle-Köst, Handkomm.1953 Art. 5 Anm.2; Molitor in BB 1954,134; Oberstes ArbJ Rheinland-Pfalz/Neustadt (W) in RdA 1954,158; Laufke, Festschr.Lehmann I S.158; Nikisch, ArbR 55 S.387; Peters, Festschr.Laun S.673.

2) Vgl. Bachof, Rechtsgutachten S.16; Hamel, Die Bedeutung der Gre S.51; IAG Freiburg in BB 1951,502; IAG Frankfurt in BB 1951,896; v.Mangoldt-Klein, 37 Vorbem. B XVI 5.

3) Vgl. Arras in RdA 1954,459; Nipperdey in Hueck-Nipperdey, ArbR II S.706.

4) Vgl.Arras in BB 1953,62.

5) In diesem Sinne wohl auch Schnorr v.Carolsfeld, ArbR S.125.

6) So LAG Frankfurt in AP 53 Nr.237.

sichtigt, daß ja nicht nur eine Kollision zwischen GRen auf der Unternehmenseite und dem lediglich durch einfaches Gesetz (BetrVG) geschützten Rechtsgut auf Beteiligung im Betrieb auf der AN-seite zur Debatte steht und infolgedessen die durch GRE geschützte Tendenz des Unternehmens von vornherein obsiegen müsse, sondern daß GRE auf beiden Seiten zu berücksichtigen sind.

Der Schlüssel zur Lösung kann nur die freiwillig übernommene, arbeitsvertragliche Verpflichtung sein, sich entsprechend der Tendenz zu verhalten und nichts zu unternehmen - auch nicht unter Berufung auf verfassungsmäßige GRE - was einer Beeinträchtigung dieser Tendenz gleichkommen würde.

Deruft sich ein AN gegenüber Maßnahmen des ArbGeba (z.B. Kündigung), die durch sein tendenzwidriges Verhalten ausgelöst worden sind, trotzdem auf die ihm "unbeschränkt" gewährten GRE, so muß dieses Verhalten als "venire contra factum proprium"¹⁾ und damit r e c h t s m i ß b r ä u c h l i c h ²⁾ erscheinen, da der AN, der bewußt und freiwillig Arbeit in einem TB aufnimmt, genau wie der Bürger, der freiwillig und in Kenntnis der Umstände in ein Besonderes Gewaltverhältnis (z.B. Universität) eintritt, sich von Anfang an vertraglich verpflichtet, die speziellen Bindungen und Pflichten, welche die Tendenz des Unternehmens (bzw. das Besondere Gewaltverhältnis) kennzeichnen, zu respektieren und die ihm zustehenden Rechte nur insoweit geltend zu machen, als sie die geistig-ideelle Zielsetzung (bzw. die innere Ordnung und Ziele des Besonderen Gewaltverhältnisses) nicht beeinträchtigen.

1) Statt vieler vgl. Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch II S.1030, insbesondere Fußnote 26.

2) Vgl. Bachof, Rechtsgutachten S.16.

3. Grenzen des Tendenzschutzes.

a.) Der Wesensgehalt der Grundrechte der Arbeitnehmer.

Nach dem bisherigen Ergebnis gehören die Prinzipien des § 49 BetrVG (gedeihliche Zusammenarbeit innerhalb des Betriebes, Wahrung des Betriebsfriedens) zu den Grundregeln über die Arbeitsverhältnisse und damit zu den allgemeinen Gesetzen, die gem. Art. 5 II GG die Schranke des Rechts auf freie Meinungsäußerung (Art. 5 I 3G) bilden.

Auch für diese Schranken gilt aber der Art. 19 II GG¹⁾ sinngemäß²⁾. Dies muß zur Folge haben, daß die Forderungen nach betrieblicher Zusammenarbeit und Betriebsfrieden auch in TBen nicht so weit gehen dürfen, daß die AN praktisch "mundtot" gemacht werden. Wenn der Wesensgehalt, diese unantastbare Grundsubstanz des Rechts auf freie Meinungsäußerung, beeinträchtigt ist, muß von Fall zu Fall entschieden werden.

So würde z.B. eine Vereinbarung zwischen dem ArbGeb eines politischen TBes und seinen ANn, die es letzteren grundsätzlich verbietet, ihre andersartigen politischen Meinungen innerhalb oder außerhalb des Betriebes zu äußern, ferner auch die Abmachung, daß die Entscheidung, ob ein bestimmtes Verhalten eines ANs gegen den Tendenzcharakter des Unternehmens verstößt, dem ArbGeb überlassen bleibt, sicherlich den **W e s e n s g e h a l t** des Art. 5 I 3G antasten. Im ersten Falle wäre es den ANn überhaupt nicht möglich, ihre politische Überzeugung nach außen hin kundzutun, im zweiten Falle fehlt die **E r z w i n g b a r k e i t** des GRS-schutzes, die stets zum Wesensgehalt eines GRS gehören muß³⁾.

1) Art. 19 II GG lautet: "In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden".

2) Vgl. Bachof, Rechtsgutachten S.18; Wernicke in Bonner Kommentar Erl. II 2b zu Art. 19; Hamann, GG Art.5 S.106.

3) Vgl. Hamann, GG S. 173; Württ.-Bad. VGH DVBL.1950,755; OVG Hamburg in DVBL.1951, 318; Naumann in DVBL.1950, 759.

Aus der kategorischen Fassung des Art. 19 II GG "In keinem Falle darf ein Grundrecht..." wird mit Recht gefolgert, daß die Gedanken nicht nur Anwendung finden müssen bei GRs-Bestimmungen mit Gesetzesvorbehalt, sondern bei allen GRen¹⁾, da alle GRen in ihrem Wesensgehalt aufrecht erhalten werden sollen.

Der Tendenzschutz des § 81 I findet demzufolge dort seine Grenze, wo entweder "beschränkt" (wie z.B. Art. 5 I GG) oder "unbeschränkt" (wie z.B. Art. 3, 9 III GG) gewährleistete GRen durch Abreden oder sonstige Maßnahmen des ArbGehs in ihrem Wesensgehalt angetastet werden. Ist dies der Fall, so kann ein Berufen des ANs auf diesen Kernbereich des GRs in keinem Falle rechtsmißbräuchlich sein.

b.) Die Zweckbestimmung des Unternehmens.

Als weitere Grenze des Tendenzschutzes aus § 81 I ist die geistig-ideelle Zweckbestimmung des Unternehmens selbst zu nennen. Genau wie im Besonderen Gewaltverhältnis der "Gewaltunterworfenene" sich dann stets auf seine GRen berufen kann, wenn die betreffende Abrede oder Maßnahme des Trägers eines Besonderen Gewaltverhältnisses (z.B. Anstaltssatzung, Benutzungsbedingung, etc.) nicht mehr vom vorgegebenen, primären Anstaltszweck gedeckt wird²⁾, ist auch bei Vereinbarungen und Maßnahmen des ArbGehs gegenüber ANn eines TBes stets zu prüfen, ob sie sich aus der besonderen geistig-ideellen Zielsetzung rechtfertigen lassen, ob sie erforderlich sind, um die spezielle Tendenz dieses Unternehmens vor Beeinträchtigungen zu schützen.

So kann sich z.B. der AN eines wissenschaftlichen TBes, dem wegen seiner politischen Einstellung fristlos gekündigt wird, im Kündigungsschutzprozess sehr wohl auf Art. 3 III, 5 I GG berufen, ohne rechtsmißbräuchlich zu handeln, denn

1) Vgl. Wernicke in Bonner Kommentar Art. 19 Anm. II 2b; v.Mangoldt-Klein, GG Art. 19 Anm. II 3.

2) So Bachof, Rechtsgutachten S.19; Forsthoff, VwR I S.422; v.Mangoldt-Klein, GG Vorbem. B XVI 5.

seine vertragliche Verpflichtung, von den GRen keinen tendenzwidrigen Gebrauch zu machen, bezieht sich eben nur auf die speziell in d i e s e m Unternehmen nach außen hin für den objektiven Betrachter erkennbar verfolgte Zielsetzung (hier nur auf die "wissenschaftliche") und nicht auf jede beliebige geistig-ideelle Richtung.

Diese Gedanken kommen auch in § 81 I S. 2 BetrVG zum Ausdruck ("...finden nur insoweit Anwendung, als nicht die Eigenart des Betriebes entgegensteht").

II. Unternehmenstendenz und Treupflicht des Arbeitnehmers.

1. Allgemeine Grundsätze.

Ein AN kann "beschränkt" gewährleistete GR (z.B. Art. 5 I GG) dann nicht geltend machen, wenn sein Verhalten im konkreten Falle gegen die Grundprinzipien des § 49 BetrVG und damit gegen "allgemeine Gesetze" i.S. des Art. 5 II GG verstößt. Unter denselben Voraussetzungen ist sein Berufen auf "unbeschränkt" gewährleistete GR (z.B. Art. 3, 9 III GG) rechtsmißbräuchlich, da er sich jeweils bei Abschluß des Arbeitsvertrages bewußt und freiwillig, ausdrücklich oder stillschweigend verpflichtete, sich den speziellen Bindungen und Pflichten, die d i e s e s Arbeitsverhältnis mit sich bringt, unterzuordnen und von den ihm grundsätzlich auch weiterhin zustehenden GRen nur insoweit Gebrauch zu machen, als die Besonderheit des Arbeitsverhältnisses dies zuläßt.

Erst dann, wenn Abmachungen oder Maßnahmen des ArbGbs den Wesensgehalt der GR des ANs antasten, oder sich nicht aus der speziellen Unternehmenstendenz rechtfertigen lassen, steht dem AN wieder der volle GR-schutz zur Seite.

Diese bereits herausgestellten Grundsätze gelten für alle Arbeitsverhältnisse.

Bei der Untersuchung der Frage, wann im Einzelfalle das Ver-

halten eines ANs derart gegen die Grundsätze der gedeihlichen innerbetrieblichen Zusammenarbeit und den Betriebsfrieden verstößt, daß für den ArbGeb eine Weiterbeschäftigung nicht mehr zumutbar ist (vgl. § 1 II KSchG), muß unterschieden werden zwischen ANn im privaten Arbeitsverhältnis und solcher im öffentlichen Dienst, zwischen innerbetrieblichem und außerbetrieblichem Verhalten des ANs, zwischen untergeordneter und einflussreicher Stellung des ANs im Betrieb und schließlich zwischen einem Arbeitsverhältnis im Rahmen eines Produktionsbetriebes und einem solchen innerhalb eines Tendenzbetriebes.

2. Die Treupflicht der Arbeitnehmer in privaten Arbeitsverhältnissen.

a.) Innerhalb des Betriebes.

Im Rahmen privater Arbeitsverhältnisse liegt eine unzulässige Beschränkung von GRen dann nicht vor, wenn der AN die Grenze der Rücksichtnahme auf Ordnung und Frieden innerhalb seines Betriebes überschritten hat. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn er gegen das gesetzliche Verbot der parteipolitischen Betätigung im Betrieb (§ 51 II BetrVG) oder gegen das Verbot der Werbetätigkeit für eine politische Partei verstößt¹⁾, wenn er als Betriebsrat sein Amt zu parteipolitischen Zwecken mißbraucht²⁾, wenn er überhebliche und herausfordernde Kritik am Betriebsrat übt³⁾ und wenn er das ihm zustehende Recht auf freie Meinungsäußerung in sonstiger Weise mißbraucht, z.B. durch Auf-

1) Vgl. BAG Stuttgart in BB 1951, 115, 117; Dolder in RdA 1951, 356; LAG Tübingen in BB 1952, 58; Molitor in BB 1954, 134; Bobrowski, ArbR S.259.

2) Vgl. ArbG Stuttgart in BB 1950, 758; LAG München in Betr 1954, 475; LAG Düsseldorf in Betr. 1954, 392; LAG Bremen in BB 1953, 946; BAG in BAGE 1, 185 und 359, ferner in BAGE 2, 267.

3) Vgl. LAG Bremen in BB 1951, 225; LAG Hamm in BB 1951, 587.

ruf zu wilden Solidaritätsstreiks mittels Verteilung von Flugblättern im Betrieb und vor den Toren¹⁾, ferner durch Verteilung kommunistischer Zeitungen oder Werbung für eine verbotene FDJ-Kundgebung²⁾.

Dagegen bleibt z u l ä s s i g die politische Meinungsäußerung im Betrieb beim Gespräch von Mann zu Mann, das Eintreten oder die Betätigung für eine anerkannte Gewerkschaft (z.B. das Kassieren von Beiträgen, Verteilen der Gewerkschaftszeitung während der Arbeitspausen etc.), auch wenn der ArbGeb der Gewerkschaft gegenüber feindlich eingestellt ist³⁾. Allerdings muß sich der AN auch bei dieser Tätigkeit in bestimmten Grenzen halten und darf z.B. niemand durch Drohung mit Entlassung zum Beitritt zu bestimmen suchen⁴⁾.

Immer dann also, wenn der AN gegen die natürliche Ordnung des Betriebes⁵⁾ verstößt, kann er sich bei Maßnahmen des ArbGbs, die durch das Verhalten des ANs ausgelöst werden, nicht auf seine verfassungsmäßigen GRE berufen⁶⁾.

Bei Beurteilung der Frage, wann ein AN gegen die betriebliche Ordnung verstoßen hat, wird in jedem Einzelfall auch die S t e l l u n g des ANs, sein Aufgaben- und Pflichtenkreis, von Wichtigkeit sein (so wird z.B. für ein Mitglied des Betriebsrats etwas anderes gelten müssen, als für einen sonstigen AN)⁷⁾.

1) Vgl. LAG Düsseldorf in BB 1951, 445 und BB 1952, 116; LAG und ArbG Berlin in BB 1952, 173 und 176.

2) Vgl. LAG München in Amtsblatt des Bay.Arb.Min.1952,129.

3) Vgl. LAG Hannover in BB 1951,586 und RdA 1951,318; ArbG Düsseldorf in BB 1953, 768; LAG Kiel in BB 1952, 320; Molitor in BB 1955,167; Galperin, BetrVG § 2 Anm. 19; Dietz, BetrVG § 51 Anm.19; Bobrowski, ArbR S.259 und 316.

4) Vgl. LAG Hamm in BB 1954, 1062.

5) Das ist die von der Allgemeinheit gebilligte Ordnung, die durch Gesetze, Tarifvertrag, Betriebsordnung, Einzelarbeitsvertrag und die Gebote der guten Sitten näher umrissen wird.

6) Vgl. Zusammenfassung in BB 1952,172; Herschel-Steinmann, KSchG § 1 Anm.39a; Bobrowski, ArbR S.317.

7) Vgl. Bobrowski, ArbR S.318.

b.) Außerhalb des Betriebes.

Im Rahmen privater Arbeitsverhältnisse sind die AN in untergeordneten Positionen **a u ß e r h a l b** des Betriebes in der Regel frei in ihrer Meinungsäußerung und der sonstigen Entfaltung ihrer Persönlichkeit. Es kann grundsätzlich nicht Aufgabe des ArbGehs sein, das Verhalten seiner AN außerhalb des Betriebes und der Arbeitszeit zu überwachen und die Behandlung der AN **i m** Betrieb von diesem Verhalten abhängig zu machen¹⁾.

Dies würde einwandfrei gegen verfassungsmäßige GrE der AN verstoßen (Art. 5 I GG). Ausnahmen sind aber denkbar, so z.B. dann, wenn der AN sich außerhalb des Betriebes politisch betätigt und dabei - für jedermann erkennbar - einen Zusammenhang mit seiner betrieblichen Stellung dadurch zum Ausdruck bringt, daß er einen politischen Aufruf unterschreibt mit "Georg Müller, Betriebsrat der XY-Werke".

Dies wäre nämlich eine parteipolitische Betätigung **i m** **Z u - s a m m e n h a n g** mit der betrieblichen Stellung und würde zur Lösung des Arbeitsverhältnisses berechtigen, ohne daß hierdurch GrE des ANs verletzt werden²⁾.

Auch wenn bei sonstiger außerbetrieblicher Betätigung ein **Z u - s a m m e n h a n g** mit dem Arbeitsverhältnis besteht, kann diese u.U. das Kündigungsrecht des ArbGehs auslösen, so z.B. setzt sich ein als Kraftfahrer angestellter Arbeiter, der wegen Trunkenheit am Steuer anlässlich einer Privatfahrt außerhalb des Betriebes bestraft wird, schuldhaft außerstande, seinen arbeitsvertraglichen Pflichten nachzukommen³⁾. Auch kann einer in einem Krankenhaus angestellten Wäscherin, die durch Arbeitsvertrag zu einer sauberen Lebensführung verpflichtet ist, dann gekündigt werden, wenn sie 3 uneheliche Kinder von verschiedenen Vätern hat und eines oder mehrere dieser Kinder im Ehebruch gezeugt sind⁴⁾.

1) So Molitor in BB 1955, 167 und BB 1954, 134; Gewerbegericht Königsberg in SchlichtW 1924, 173; Nikisch, ArbR 55 S.595.

2) Vgl. ArbG Neuwied in BB 1954, 128; ferner schon RAG in BenschS.Bd.14.614-615.

3) So LAG Mannheim in AP Nr. 2 zu § 1 KSchG.

4) So LAG Hamm in AP 53 Nr. 162.

3. Die Treupflicht der Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst.

Für die Beurteilung des Inhalts und der Grenzen der Treupflicht der AN innerhalb ihres Arbeitsverhältnisses müssen im ö f - f e n t l i c h e n Dienst andere Grundsätze gelten als in privaten Beschäftigungsverhältnissen¹⁾. Wer sich zur Übernahme einer Tätigkeit im öffentlichen Dienst bereit erklärt, übernimmt freiwillig gewisse Pflichten, die anderen ANn nicht auferlegt werden können. Die AN im öffentlichen Dienst verzichten zwar bei Eintritt in das öffentliche Dienstverhältnis nicht auf ihre Grundfreiheiten, wegen der g e s t e i g e r t e n Treue- und Gehorsampflichten gegenüber ihrem ArbGeb S t a a t haben sie sich jedoch im b e s o n d e r e n Maße vertraglich bereit erklärt, alles zu unterlassen, was sich nachteilig auf Zielsetzung und Aufgaben ihres öffentlichen ArbGeba auswirken könnte²⁾.

So wird vor allem von den B e a m t e n eine positive Einstellung zur "demokratischen Grundordnung" verlangt³⁾, aber auch Angestellte und Arbeiter des öffentlichen Dienstes müssen alles unterlassen, was gegen die "verfassungsmäßige Ordnung" ihres ArbGeba verstößt und dürfen das GR der freien Meinungsäußerung nicht dazu benutzen, sich über Verpflichtungen aus dem Arbeitsvertrag hinwegzusetzen⁴⁾.

Der Staat kann folglich auch Richtlinien für das inner- und außerdienstliche Verhalten seiner AN aufstellen und das Dienstverhältnis bei Zuwiderhandlungen lösen, ohne daß der AN sich auf verfassungsmäßige GRe berufen kann, es sei denn, derartige Maßnahmen des ArbGeba Staat müssen als "Maßregelungen" gegenüber einzelnen ANn oder als Willkürakte bezeichnet werden⁵⁾.

1) Vgl. Nikisch, ArbR 55 S. 387; Bobrowski, ArbR.S.318.

2) Vgl. IAG Frankfurt in BB 1951, 896; IAG Stuttgart in BB 1952, 88; Oberstes ArbG Rheinld.-Pfalz, Neustadt/W. in RdA 1954, 158; ArbG Bamberg/Zweigstelle Coburg in RdA 1951, 217 ff; Bobrowski, ArbR S.318.

3) Vgl. § 3 BPersG v.17.5.1950 (BGBl.S.207); § 52 II BBG v.14.7.1953 (BGBl.I S.551); Art.15 III BayBG v.28.10.46 (GVBl.S.349)

4) Vgl. IAG Frankfurt in AP 53 Nr.237 S.411.

5) Vgl. Nikisch, ArbR 55 S.387.

In den letzten Jahren hatten sich die ArbGE im besonderen Maße mit der Frage zu befassen, ob Kündigungen (ordentliche oder außerordentliche) wegen politischer Betätigung öffentlichen Bediensteter nach § 1 II KSchG sozial gerechtfertigt sind oder nicht. Es stand nahezu ausschließlich die Mitgliedschaft oder Betätigung in der KPD zur Debatte. Dieses Problem hat zwar durch das Verbotsurteil des BVerfG¹⁾ wesentlich an Bedeutung verloren, trotzdem sollen hier - gewissermaßen als Extrakt einer umfangreichen Rechtsprechung²⁾ - die grundsätzlichen Richtlinien herausgearbeitet werden, mit deren Hilfe sich dann Umfang und Grenzen der Treupflicht der öffentlichen Bediensteten annähernd bestimmen lassen:

Die bloße Mitgliedschaft in einer durch das BVerfG gem. Art. 21 II S. 2 GG für verfassungswidrig erklärten politischen Partei, sowie das Beharren auf diese Mitgliedschaft, geben dem Staat als ArbGeb in jedem Falle ein Recht zur außerordentlichen Kündigung. Vor der Entscheidung des BVerfGs besteht eine Vermutung für die Verfassungsmäßigkeit jeder politischen Partei und einem öffentlichen Bediensteten kann in der Regel wegen bloßer Mitgliedschaft oder früherer Mitgliedschaft in dieser Partei nicht gekündigt werden. Ausnahmsweise ist eine Kündigung aber dann gerechtfertigt, wenn der AN sich verfassungsfreundlich betätigt und hierdurch gegen die "verfassungsmäßige Grundordnung" (Art. 2 I GG) verstößt. Das ist dann ein Zuwiderhandeln gegen den Beschäftigungsvertrag, denn die positive Einstellung zur staatlichen Ordnung ist Gegenstand dieses Vertrags. Die öffentliche Hand als ArbGeb kann dann - je nach der Schwere des Verstoßes - eine ordentliche oder außerordentliche Kündigung aussprechen. Dessen ungeachtet kann aber das ArbG, ohne die Entscheidung

1) Urteil vom 17.8.1956 in BVerfGE 5, 85 ff = NJW 1956, 1393.

2) Vgl. LAG Bremen in BB 1951, 476; LAG München in BB 1951, 701; LAG Frankfurt in BB 1951, 896 u. AP 53 Nr. 237 S. 411; Oberstes ArbG Rheinld.-Pfalz, Neustadt/W in RdA 1954, 158; ArbG Freiburg in BB 1951, 112; LAG Stuttgart in BB 1952, 88; ArbG Bamberg/Zweigstelle Coburg in RdA 1951, 217; LAG Freiburg in BB 1951, 502; ferner schon RAG in Bensch 86, 14, 72 ff; vgl. auch Herschel-Steinmann, KSchG § 1 Anm. 39; Bobrowski, ArbR S. 318; Nikisch, ArbR 55 S. 387.

des BVerfGs nach Art. 21 II S. 2 GG abwarten zu müssen, incidenter feststellen, daß eine bestimmte politische Partei eine **B e d r o h u n g** der im GG zum Ausdruck kommenden Grundordnung ist. Dann sind aus Art. 2 I GG solche Maßnahmen gerechtfertigt, die zum Schutze der staatlichen Ordnung erforderlich sind (z.B. Kündigung).

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist es sogar möglich, daß schon die **b l o ß e M i t g l i e d s c h a f t** in einer politischen Partei die Lösung des Beschäftigungsverhältnisses rechtfertigt, nämlich dann, wenn die Partei eine Bedrohung der demokratischen Grundordnung darstellt u n d der AN gerade bei einer Dienststelle arbeitet, die zur Verteidigung dieser Ordnung im besonderen Maße bestimmt ist (z.B. Polizei, Grenz-, Küstenschutz, Zollverwaltung etc.).

Dieselben **e r h ö h t e n** Anforderungen, die an die Treupflicht öffentlicher Bediensteter zu stellen sind, gelten auch für Mitglieder des Betriebsrates in **p r i v a t e n** Unternehmen, da die Stellung des Betriebsrats in der heutigen Betriebsverfassung eine "Untadeligkeit in der Verfassungstreue" voraussetzt¹⁾. Im besonderen Maße gilt das natürlich auch für die Personalvertretungen im öffentlichen Dienst.

Selbstverständlich kann eine in vernünftiger Weise geäußerte, sachliche Kritik am Staat noch nicht einen Angriff auf die staatliche Ordnung bedeuten, rechtfertigt für sich allein demnach die Kündigung nicht.

Inhalt und Grenzen der Treupflicht im öffentlichen Dienst werden ebenfalls von der Stellung des ANs bestimmt, denn sie gibt Aufschluß darüber, welche Rolle die politische Zuverlässigkeit für das Beschäftigungsverhältnis spielt²⁾.

1) So ausdrücklich IAG München in BB 1951, 701. Bei der außerordentlichen Kündigung von BR-Mitgliedern gem. § 13 KSchG ist zu beachten, daß in jedem Falle eine Verletzung arbeitsrechtlicher Pflichten vorliegen muß, was bei einer Verletzung von betriebsverfassungsrechtlichen Pflichten (Amtspflichten) nicht notwendig stets der Fall zu sein braucht (vgl. IAG München aaO; Hueck, KSchG § 13 Anm. 19; Herschel-Steinmann, KSchG § 13 Anm. 9).

2) Vgl. Nikisch, ArbZ 55 S. 387.

Allerdings dürfte in *privaten Arbeitsverhältnissen* diesem Gesichtspunkt weniger Bedeutung zukommen.

4. Die Treupflicht der Arbeitnehmer in Unternehmen mit geistig-ideeller Zielsetzung.

Bei der Bestimmung des Inhalts und Umfangs der Treupflicht von ANn in TBen tragen die zum "Besondere Gewaltverhältnis" im allgemeinen und zur "Treupflicht der AN im öffentlichen Dienst" in besonderen¹⁾ gewordenen Erkenntnisse wichtiges zur Lösung bei.

Sowohl beim Eintritt in den öffentlichen Dienst - einem der zahlreichen Fälle Besonderer Gewaltverhältnisse - als auch beim Angebot seitens des ANs, Arbeit in einem TB aufzunehmen, handelt der Einzelne bewußt und in Kenntnis der Umstände²⁾. In beiden Fällen übernimmt er außer der Verpflichtung, im Sinne des Arbeitsvertrags *tätig* zu werden, auch noch die Pflicht, den Besonderheiten seines Arbeitsverhältnisses im vollen Umfange Rechnung zu tragen und alles zu *u n t e r l a s s e n*, was *b e e i n t r ä c h t i g e n d* wirken könnte.

So wie im öffentlichen Dienst die Treupflicht der AN durch die Eigenart des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses geprägt wird, richten sich Inhalt und Schranken der Treupflicht von ANn in TBen nach den Anforderungen, die sich aus der speziellen geistig-ideellen Unternehmenstendenz ergeben³⁾, mit der Folge, daß die AN auf Grund des Arbeitsvertrags gehalten sind, innerhalb und außerhalb des Betriebes alles zu unterlassen, was diese Tendenz gefährden oder beeinträchtigen könnte, gegebenenfalls sogar im *P r i v a t l e b e n* keine "Gegentendenz" zu vertreten⁴⁾.

Besonders was das *a u ß e r b e t r i e b l i c h e* Verhalten von ANn in TBen betrifft, so ist der in jedem Einzelfalle zu

1) Vgl. Frey in Anm. zu BAG in AP 56 Nr. 15 zu § 1 KSchG.

2) Vgl. Klein in BB 1956, 757.

3) Vgl. Galperin, BetrVG § 81 Anm. 19; Nikisch, ArbR 55 S.385, 387; Laufke, Festschr. Lehmann I S.168; Peters, Festschr. Laun, S.673.

4) So Krüger in RdA 1954,374; auch schon Baswitz in FZArbZ 1930,106.

fordernde Zusammenhang zwischen dem Verhalten des ANs und dem Arbeitsvertrag in einem TB infolge der e r h ö h t e n Treupflicht des ANs potentiell häufiger und enger als in Produktionsbetrieben¹⁾, da das erfolgreiche Arbeiten in einem derartigen - unter den besonderen Schutz des Gesetzgebers gestellten - Unternehmen auch die i n n e r e Übereinstimmung des ANs mit den Zielen und Grundsätzen dieses Unternehmens erforderlich macht²⁾.

Während es bei einem Tendenzverstoß i n n e r h a l b des Betriebes durch aktives Tun nicht so sehr auf die Stellung des ANs im Betrieb ankommt, ist es bei tendenzwidrigem Verhalten des ANs a u ß e r h a l b des Betriebes und bei tendenzwidriger Gesinnung innerhalb und außerhalb des Betriebes in der Regel von entscheidender Bedeutung, ob der AN auf Grund seiner tatsächlichen Position im Betrieb überhaupt die Möglichkeit hat, die Unternehmenstendenz zu gefährden. Dies wird gewöhnlich nur bei ANn in gehobenen Stellungen der Fall sein.

Gerade im öffentlichen Dienst und in TBen ist es aber denkbar, daß sich auch AN in u n t e r g e o r d n e t e n Positionen gegenüber Kündigungsmaßnahmen des ArbGebs nicht auf verfassungsmäßige GRe berufen können. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn ihr Verhalten (innerhalb oder außerhalb des Betriebes) den Kernbereich der Unternehmenstendenz erschüttert, das Ansehen des Betriebes schwer schädigt oder die eigene Stellung des ANs im Betrieb empfindlich beeinträchtigt³⁾. So ist eine im Gewerkschaftshaus beschäftigte Putzfrau, die außerhalb des Betriebes den Gewerkschafts Austritt propagiert, für den ArbGeb unzumutbar. Dasselbe muß gelten, wenn ein Kommunist und aktiver Gottloser als Drucker oder graphischer Arbeiter in einer katholischen Druckerei tätig ist⁴⁾, wenn ein Kommunist als Gefängniswärter die Justizverwaltung in unsachlicher Weise kritisiert⁵⁾, wenn ein Gewerk-

1) Vgl. Nikisch, ArbR 55 S.384 und in RdA 1950,434, ferner in Anm. zu AP 52 Nr.2 S.20; Frey in Anm.zu BAG in AP 56 Nr.15 zu § 1 KSchG.

2) Vgl. Nikisch, ArbR 55 S.384.

3) Vgl. Frey in Anm. zu BAG in AP 56 Nr.15 zu § 1 KSchG; Nikisch, ArbR 55 S.387 und 595.

4) So schon RAG in Bensch 3d.14 Nr.141 S.622 und in RAGE 10,271.

5) So LAG München in BB 1951, 701.

schaftsfunktionär an einer ostgewerkschaftlichen Veranstaltung teilnimmt¹⁾ oder Thesen politischer Gegner verfiicht²⁾.

Bei der Prüfung der Frage, welches die auf das tendenzwidrige Verhalten des ANs adäquate Gegenmaßnahme des ArbGbs ist (ordentliche oder außerordentliche Kündigung), sind stets die konkreten Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen (Schwere des Tendenzverstosses, Möglichkeit der Abwendung der Tendenz durch den AN etc.). Bei tendenzwidrigem privatem Lebenswandel wird man aber eine ordentliche Kündigung als ausreichende Gegenmaßnahme ansehen können³⁾.

Bei seinem Eintritt in dieses "Besondere Beschäftigungsverhältnis" innerhalb eines TBen verzichtet der AN zwar nicht auf die ihm durch die Verfassung garantierten GrE, er verpflichtet sich jedoch ausdrücklich oder stillschweigend, von ihnen keinen tendenzwidrigen Gebrauch zu machen und sein Verhalten auch nicht mit verfassungsnäheren Freiheiten zu rechtfertigen⁴⁾.

Stellt der AN auf Grund seiner tendenzwidrigen Gesinnung oder wegen seines tendenzwidrigen Verhaltens eine Gefahr für die Unternehmenstendenz dar, so kann er sich einer adäquaten Schutzmaßnahme des ArbGbs gegenüber z.B. nicht auf den Gleichheitssatz (Art. 3 I GG), den Gleichberechtigungsgrundsatz (Art. 3 II), das Diskriminierungsverbot (Art. 3 III GG), das Recht auf freie Meinungsäußerung (Art. 5 I GG) und die Koalitionsfreiheit (Art. 9 III GG) berufen, da in TBen gerade die Zugehörigkeit zu gewissen Organisationen oder die gewisse geistige Tätigkeit auf einem bestimmten Gebiet Voraussetzung⁵⁾ für das Arbeitsverhältnis sind. Deshalb kann eine aus derartigen Gründen ausgesprochene Kündigung niemals eine "Maßregel" sein, da sie im Hinblick auf die gefährdete Unternehmenstendenz eine "in der Sache" gerechtfertigte Entscheidung darstellt und keinen Willkürakt.

1) So ArbG Göttingen in AP 52 Nr.2 u. ARSt VIII Nr.689; LAG Hamm in Betr.1952,396; LAG Hannover in BB 1951,476 u. AP 53 Nr.68.

2) So ArbG Hagen in ARSt VIII Nr. 285.

3) Vgl. LAG Düsseldorf in RdA 1950,433; Nikisch, ArbR 55 S.384.

4) Vgl. Rewolle-Köst, Handkomm. 1953 Art.5 Anm.2; Krüger in RdA 1954,374; LAG Hamm in BB 1951,586; LAG Freiburg in BB 1951, 502; LAG Hannover in AP 52 Nr.127.

5) So schon Flatow, BRG § 67 Anm.3; RAG in Bensch Rd.14 Nr.139 S.614.

L e b e n s l a u f .

Ich wurde am 21.1.1927 in Schweinfurt geboren und besuchte dort ab 1938 die Oberschule. Im Jahre 1943 erfolgte Einberufung als Luftwaffenhelfer, ein Jahr später zum Arbeitsdienst und anschließend zur Wehrmacht. Bei Kriegsschluß geriet ich in russische Kriegsgefangenschaft. Von Oktober 1945 bis April 1949 Einsatz im oberschlesischen Steinkohlenbergbau. Nach meiner Rückkehr trat ich im September 1949 in die 8. Klasse der Oberrealschule in Schweinfurt ein, wo ich 1950 die Reifeprüfung ablegte. Nach einjährigem Studium der Staatswissenschaften an der University of Florida in Gainesville (USA) begann ich im Wintersemester 1951/52 das Studium der Rechtswissenschaften an der Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen, das ich dort am 19.9.1955 mit der ersten juristischen Staatsprüfung beendete. Seit dem 1.11.1955 befinde ich mich im 2 1/2-jährigen Vorbereitungsdienst für Rechtsreferendare (Kriegsteilnehmer).

Photodruck von **Photo-Toni** ERLANGEN

Anton Meier & Co.

Erlangen - Hauptstraße 47 - Ruf 3144

